

UNIVERSITE GALATASARAY
INSTITUT DES SCIENCES SOCIALES
DEPARTEMENT DE RELATIONS INTERNATIONALES

**UN PAS DECISIF VERS L'INTERNATIONALISATION DU
CONCEPT DE LA JUSTICE TRANSITIONNELLE :
LE TRIBUNAL PENAL INTERNATIONAL POUR L'EX-
YUGOSLAVIE(TPIY)**

THESE DE DOCTORAT

Gülayşe Ülgen Türedi

Directrice de Recherche: Prof. Dr. A. Füsün TÜRKMEN

MARS 2018

UNIVERSITE GALATASARAY
INSTITUT DES SCIENCES SOCIALES
DEPARTEMENT DE RELATIONS INTERNATIONALES

**UN PAS DECISIF VERS L'INTERNATIONALISATION DU
CONCEPT DE LA JUSTICE TRANSITIONNELLE :
LE TRIBUNAL PENAL INTERNATIONAL POUR L'EX-
YUGOSLAVIE(TPIY)**

THESE DE DOCTORAT

Gülayşe Ülgen Türedi

Directrice de Recherche: Prof. Dr. A. Füsün TÜRKMEN

MARS 2018

AVANT-PROPOS

Cette thèse est l'aboutissement d'un travail collectif. Elle n'aurait pas été possible sans l'intervention d'un grand nombre de personnes. Je remercie tous ceux qui ont contribué à la réussite de ce mémoire. En premier lieu, j'adresse mes remerciements au Prof. Dr. Jale Civelek et Doç. Dr. Selcan Serdaroğlu Polatay accepté d'être dans le jury de thèse en consacrant leur temps précieux.

Je tiens à exprimer toute ma reconnaissance Prof. Dr. Füsün Türkmen, qui, en tant que mon directrice de mémoire, pour son attention, sa patience et sa compréhension tout au long de mes travaux sans qui ce travail n'aurait pas pu être mené au bon port. Ce mémoire est donc aussi son œuvre.

En outre, mes vifs remerciements vont également à Ekin pour l'aide qu'elle a apporté à ma recherche en acceptant de réviser mon travail en corrigeant les erreurs mot par mot. Je remercie tous mes ami(e)s dans l'Université de Kırklareli qui m'a encouragé au cours de la réalisation de ce mémoire. D'autre part j'adresse mes sincères remerciements à mes professeurs dans l'Université de Kırklareli qui m'ont guidé pour la réalisation de cette thèse. Sans oublier, je veux adresser des remerciements spéciaux à Yrd. Doç. Dr. Sezin İba Gürsoy et Adnan Seyaz pour leur sincère amitié et confiance.

Cette thèse a été soutenue partiellement par le Conseil de la recherche scientifique et technique de la Turquie(TÜBİTAK) dans le cadre du Bourse 2214-A de la Recherche Doctorale à l'Étranger entre juin-décembre 2016 aux Pays-Bas.

J'adresse enfin une pensée spéciale à ma famille, ma mère Nilgün Ülgen, mon père Muvaffak Ülgen, ma sœur Gülşan Ülgen et mon mari Mustafa Türedi qui ont toujours été là pour moi avec leur soutien inconditionnel et leur encouragement que j'ai pu surmonter les obstacles.

TABLE DE MATIERES

AVANT-PROPOS.....	ii
TABLE DE MATIERES	iii
ABREVIATIONS.....	vi
LISTE DE FIGURE.....	viii
LISTE DE TABLEAU	ix
RESUME.....	x
ÖZET.....	xviii
 INTRODUCTION	 1
 PREMIERE PARTIE : LE CONCEPT DE JUSTICE TRANSITIONNELLE ...	 9
 Chapitre I : La généalogie de la justice transitionnelle.....	 22
Section I : Au lendemain de la Deuxième Guerre Mondiale	30
Section II : L'Après-Guerre Froide et les Processus de Démocratisation après 1989	40
Section III : La stabilisation de la justice transitionnelle sur le plan international	58
 Chapitre II : L'objectif de la Justice Transitionnelle, les Composantes	 67
Section I : Le droit de savoir	70
Section II : Le droit à la justice	76
Section III : Le droit à la réparation.....	80
Section IV : Le droit aux garanties de non-répétition.....	84

Chapitre III : Les instruments de la justice transitionnelle 88

Section I : La justice rétributive	97
Les tribunaux pénaux ad-hoc	103
Les tribunaux hybrides	124
Section II : La justice restauratrice	137
Les commissions de vérité	143
Les réparations	159
Les réformes institutionnelles	172

DEUXIEME PARTIE : LE TRIBUNAL PENAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE (TPIY) DANS LE CONTEXTE DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE..... 190

Chapitre I : L'évolution du droit international humanitaire 199

Section I : Le Droit Substantiel	203
Le droit international humanitaire	204
Le droit pénal international	215
Section II : Le Droit de New York	227
Du droit d'ingérence à la responsabilité de protéger	234
La Création des Tribunaux Pénaux Ad-hoc	264

Chapitre 2 : Le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, la justice face à la guerre 280

Section I : Le rôle du tribunal en transition	283
L'impact au cours du conflit	285
Le renforcement du tribunal	296
La phase finale	315

Section II : L'après-TPIY.....	328
D'ad-hoc au permanent, la création de la Cour pénale internationale(CPI)...	329
Défis politiques à relever	341
Quel avenir pour la justice transitionnelle?	354
 CONCLUSION	367
BIBLIOGRAPHIE.....	377
BIOGRAPHIE	407



ABREVIATIONS

ANC	: Congrès national africain
ATNUTO	: Administration transitoire des Nations Unies au Timor Oriental
CIA	: Central Intelligence Agency
CICR	: Comité international de la Croix-Rouge
CIISE	: Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des Etats
CPI	: Cour pénal internationale
CSCE	: Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe
DDR	: Désarmement, démobilisation et réintégration
DOMP	: Département des opérations de Maintien de la paix
DS	: Parti démocrate en Serbie
DSS	: Parti démocrate de Serbie
ETA	: Euskadi Ta Askatasuna- Pays basque et liberté
EU	: Union Européenne
FAO	: Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
FARC	: Forces armées révolutionnaires de Colombie
FINUL	: Force intérimaire des Nations Unies au Liban
FMI	: Fond monétaire international
FORPRONU	: Force de protection des Nations unies
FPR	: Front patriotique rwandaise
HCR	: Haut-Commissariat de l'ONU pour les réfugiés
HDZ	: Union démocratique croate
HSLS	: Parti des libéraux démocrates
ICTJ	: International Center for Transitional Justice

IFOR	: Force opérationnelle de l'OTAN en Bosnie
IRA	: Armée républicaine irlandaise
IVD	: L'instance vérité et dignité
KLA	: Armée de libération du Kosovo
MINUAR	: Mission des Nations Unies pour l'assistance au Rwanda
MINUK	: Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo
MINUSTAH	: Mission des Nations Unies pour la stabilisation en Haïti
MTPI	: Mécanisme pour les Tribunaux pénaux internationaux
ONU	: Organisation des Nations Unies
ONUSOM	: Opération des Nations Unies en Somalie
OSCE	: Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe
OSIWA	: Open Society Initiative for West Africa
OTAN	: Organisation du traité de l'atlantique nord
PNUD	: Programme des Nations unies pour le développement
QRF	: Force de réaction rapide
R2P	: Responsibility to Protect
SDP	: Sociaux-démocrates
SFOR	: Force de stabilisation en Bosnie
TPIR	: Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY	: Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
UÇK	: Armée de libération du Kosovo
UDC	: United Somali Congress
UNICEF	: Fonds des Nations Unies pour l'enfance
UNITAF	: Force d'intervention unifiée
URSS	: Union des républiques socialistes soviétiques

LISTE DE FIGURE**Numéro de Page**

Figure 1.1. : Le cycle de vie d'une norme.....53

Figure 1.2. : L'attitude de la population dans les pays de l'ex-Yougoslavie vis-à-vis
du TPIY.....351

LISTE DE TABLEAU**Numéro de Page**

Tableau 1.1. : Les Phases de la Norme.....	52
Tableau 1.2. : Les Phases du concept de Justice Transitionnelle.....	58
Tableau 1.3. : Les Phases du concept de Justice Transitionnelle en ex- Yougoslavie.....	375



RESUME

Après la Guerre froide, avec la fin du système bipolaire, l'internationalisation du concept de la justice transitionnelle fut d'actualité. Bien que ce concept s'internationalisa dès les années 1990, se confronter aux événements du passé remonterait à bien avant. Historiquement, même s'il n'a pas pu être jugé en raison de sa fuite, l'inclusion de la poursuite de l'Empereur allemand Guillaume II selon le traité de Versailles pourrait servir de point de départ. Les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo furent les premiers mécanismes judiciaires établis dans le cadre de la justice transitionnelle pour faire face à l'impunité des auteurs responsables des violations des droits de l'homme. Pourtant avec le début de la deuxième guerre mondiale et donc du système bipolaire le développement conceptuel de justice transitionnelle s'interrompu. Suite au changement du système bipolaire, le paradigme des relations internationales commença à se transformer accordant davantage d'importances à l'individu dans le cadre des nouvelles approches de sécurité. Cette volonté fut spécialement visible dans le domaine des droits de l'homme. La problématique de la protection des droits de l'homme contribua à l'évolution des normes comme l'intervention humanitaire, la responsabilité de protéger et la justice post-conflictuelle (*jus post bellum*). Ainsi, la justice transitionnelle devint une partie intégrante de la justice post-conflictuelle. Notons toutefois qu'un second changement paradigmatique du concept de la justice transitionnelle précéda cette intégration.

Les pays de l'Amérique latine ont eurent recours aux mécanismes rétributifs et restaurateurs dans le cadre de leur transition démocratique après la chute des régimes militaires dans le années 1970. Alors que les tribunaux nationaux, internationaux et hybrides sont considérés comme des mécanismes rétributifs ; les mécanismes restaurateurs sont, à leur tour, composés des commissions de vérité, des réparations monétaires et symboliques, des lois d'amnistie et des réformes institutionnels. La modalité de transition a eu un effet direct sur le choix du mécanisme de justice transitionnelle.

Les guerres intra-étatiques qui éclatèrent après la Guerre Froide eurent comme conséquence l'intégration de la justice transitionnelle à la justice post-conflictuelle. A partir de cette date, lutter face aux violations des droits de l'homme devint une partie intégrante de la justice post-conflictuelle. La responsabilité de protéger de la communauté internationale engendra l'intervention humanitaire face aux guerres intra-étatiques et contribua à l'internationalisation des mécanismes de justice transitionnelle. Les tribunaux pénaux internationaux ad hoc, le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal Pénal International pour le Rwanda constituèrent les premiers exemples de ce dernier. Alors que l'établissement par le

Conseil de sécurité d'un tribunal pénal a été discuté en matière de la légitimité et de la légalité, le droit de New York basé sur les résolutions du Conseil de sécurité constitua la base du droit humanitaire moderne. Le droit de New York a créé le droit humanitaire moderne dans la phase d'application des normes de l'après-Guerre-Froide. Cette thèse a comme objectif de pouvoir révéler l'internationalisation du concept de justice transitionnelle à travers la justice post-confliktuelle avec l'établissement du TPIY. Dans ce cadre, les dimensions locales et internationales d'un mécanisme international de justice transitionnelle seront examinées.

Les débats actuels portent sur le choix des mécanismes de la justice transitionnelle au lieu de la nécessité du processus. Chaque mécanisme comporte ses propres avantages et désavantages mais ce sont les cultures politiques, les modalités de transition politique et la structure ethnique et sociale des Etats qui jouent un rôle important dans le choix du mécanisme. Le TPIY a été établi en considérant les dynamiques propres à la région à l'époque. Premièrement, comme la guerre continuait violement, l'existence d'un mécanisme dissuasif international et impartial était obligatoire. Deuxièmement, la brutalité des violations des droits de l'homme nécessitait un mécanisme judiciaire rétributif qui envisageait de pouvoir mettre fin à l'impunité des coupables. Enfin, le caractère ethnique de la guerre rendait indispensable l'intervention internationale.

Suite aux tentatives diplomatiques de l'UE et des Etats-Unis qui se terminèrent par un échec, la communauté internationale eut recours aux mécanismes dissuasifs dans le cadre du Chapitre VII de la Charte de l'ONU. En interprétant les traités selon la conjoncture actuelle, Le TPIY pourrait être évalué dans le cadre de ces mécanismes. Bien que le caractère dissuasif du TPIY fut souligné, cela ne fut pas suffisant pour empêcher à court terme le génocide de Srebrenica et l'étalement de la guerre du Kosovo. C'est pourquoi, l'impact à long terme du TPIY vu comme mécanisme ayant pour but de rendre la justice et de rétablir la paix dans la région devint justement plus important en raison de son inefficacité pendant la guerre.

Cette thèse analysera L'impact du TPIY sous trois phases. D'abord, nous verrons que le TPIY ne joua pas un rôle dissuasif au cours de la guerre, mais que par la suite, comme deuxième phase, il commença dès 1997 à se renforcer grâce à la conjoncture politique. Dernièrement, la troisième phase portera sur l'impact du TPIY à l'échelle locale et le développement du droit international humanitaire et pénal international fera l'objet des discussions. Ce travail vise à évaluer l'héritage du TPIY dans la phase finale en tant qu'instrument international de justice transitionnelle.

Traduire les dirigeants en justice, rendre la justice aux victimes et leur donner la parole, établir les faits, contribuer au développement du droit international, renforcer l'état de droit, attribuer la responsabilité pénale individuelle figurent parmi les réalisations du TPIY. En divisant ces réalisations en deux groupes, international et local, cette thèse révélera que les réalisations à l'échelle internationale sont plus apparentes que celles à l'échelle locale. Les ressources concernant les crimes internationaux comme la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et les Conventions de Genève ont été appliquées pour la première fois par un mécanisme judiciaire. Les éléments constitutifs des crimes ont été déterminés grâce à la jurisprudence des tribunaux pénaux ad hoc. De plus, leur jurisprudence contribua à

la codification des violences sexuelles et du viol dans le cadre des crimes contre l'humanité. D'ailleurs, cette première devint la source la plus importante du Statut de Rome pour l'établissement de la Cour pénale internationale de justice. La contribution des tribunaux pénaux ad hoc à la création de la Cour pénale internationale ne pourrait être niée. Alors que D'une part, ils mirent en avant la nécessité d'une Cour pénale internationale permanente, d'autre part ils contribuèrent à la codification des crimes internationaux. De part ces raisons, une Cour pénale internationale permanente a pu être créée. La création des tribunaux hybrides peut aussi être considérée comme l'impact indirect des tribunaux ad hoc. Les tribunaux hybrides composés des juges nationaux et internationaux sont perçus comme impartial et peuvent se préserver des critiques faites aux tribunaux ad-hoc concernant l'éloignement géographique.

Le caractère dissuasif du TPIY à long terme peut être souligné dans le cadre de l'attribution des responsabilités pénales individuelles aux chefs militaires et politiques responsables des violations des droits de l'homme dans la région. De plus, le principe de la responsabilité individuelle établi par le Tribunal de Nuremberg est très important dans les guerres telles que la guerre de Bosnie, de plus que les accusations collectives sont susceptibles. Dans cette perspective, la responsabilité pénale est attribuée aux individus et les groupes ethniques supposés vivre ensemble après la guerre ne peuvent pas se blâmer collectivement. Selon ce travail, le TPIY ne pouvait pas empêcher l'accusation collective. Pourtant cette insuffisance ne serait pas directement liée au TPIY. En effet, la structure politique, culturelle et ethnique de la région empêcherait la disparition totale des accusations collectives ethniques. Les faits établis sur les crimes internationaux par le TPIY sont perçus selon les affiliations ethniques. Tous les groupes ethniques, qu'ils soient Serbes, Croates et Bosniaques, perçoivent les vérités qui pourraient augmenter leurs victimisations. Dans ce cadre, la population régionale n'internalisa pas les vérités établies par le TPIY. D'autre part, la location géographique du TPIY, c'est-à-dire son éloignement de la région a toujours été critiqué en raison de l'absence des relations avec les autorités locales. C'est principalement Pour cette raison que l'impact du TPIY restait limité à l'échelle locale.

L'impact limité du TPIY à l'échelle locale est aussi expliqué aussi par les dynamiques internes de la région. D'une part, les politiques négationnistes, révisionnistes et populistes des acteurs politiques pourraient jouer un rôle déterminant sur l'image du TPIY dans la région grâce au commencement tardif du programme de sensibilisation du Tribunal en 1999. D'autre part, la structure administrative basée sur l'ethnicité selon les accords de Dayton a eu un effet direct sur la continuation des relations tendues entre les groupes ethniques. De plus, les perceptions locales sont encore aujourd'hui contrôlées par les grandes puissances comme la Russie. Dans cette perspective, les acteurs politiques domestiques instrumentalisèrent la coopération avec le TPIY en voie de l'intégration à la communauté internationale sans l'internaliser comme une étape de la justice transitionnelle. La Croatie et la Serbie présentèrent la coopération avec le TPIY comme un sacrifice pour obtenir les aides économiques américaines ou l'adhésion à l'UE. Dans ce cadre, ce processus n'a pas été internalisé par les populations locales comme partie intégrante de la justice transitionnelle.

L'objectif prioritaire des instruments rétributifs de la justice transitionnelle est de punir les auteurs des violations des droits de l'homme. C'est pourquoi les attentes

des victimes à l'échelle locale ne peuvent pas être satisfaites suffisamment. Dans cette perspective, en ex-Yougoslavie le besoin d'instruments restaurateurs fut visible. D'ailleurs, l'UE souligna dans sa dernière stratégie sur les Balkans occidentaux l'importance de la création d'une commission de vérité. L'existence d'instruments restaurateurs autre que la commission de vérité est aussi importante. Par ailleurs, les réparations monétaires et symboliques avec le partage des informations sur les personnes disparues au cours de la guerre sont des sujets encore débattus entre les Etats de la région.

Cette thèse essaiera de traiter l'impact du TPIY à l'échelle locale et internationale en tant qu'instrument judiciaire rétributif de la justice transitionnelle. L'impact à l'échelle internationale est garanti par sa contribution au développement du droit international humanitaire et du droit pénal international. Quant à l'impact local, il est toujours discuté en raison de la culture politique et des acteurs externes. C'est d'ailleurs pourquoi, 25 ans après la guerre, un mécanisme restaurateur n'existerait toujours pas. Le processus de justice transitionnelle dans la région est dirigé par les acteurs internationaux. Dans ce cadre, l'indispensabilité de l'internationalisation de la justice transitionnelle post-confliktuelle est visible. D'ailleurs, la coopération avec le TPIY n'a pu être assurée que grâce aux mécanismes de conditionnalité des acteurs internationaux. C'est pourquoi, nous ne pouvons pas parler de l'internalisation du processus de justice transitionnelle, le processus n'étant possible que par le soutien externe. Le renforcement des mécanismes judiciaires nationaux, l'élimination des anciens acteurs politiques, les condamnations pour le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre des responsables des violations des droits de l'homme et l'établissement de l'Etat de droit ne peuvent pas assurer la localisation du processus de justice transitionnelle. L'initiative de RECOM visant l'établissement d'une commission de vérité est inclut dans la dernière stratégie de l'UE.

Le TPIY, premier tribunal pénal international ad hoc créé par le Conseil de sécurité a rendu la justice en accomplissant son but prioritaire et a contribué à la paix négative à l'échelle locale. Il y a encore des problèmes dans le processus de justice transitionnelle concernant la réconciliation nationale, la volonté de vivre ensemble qui sont des composantes de la paix positive. Dans ce cadre, une collaboration entre les acteurs politiques régionaux et les acteurs internationaux semblerait indispensable pour le succès du processus. La justice post-confliktuelle qui est multidimensionnelle réussirait grâce à une collaboration entre les acteurs locaux et internationaux. Dans ce cadre, l'impact du TPIY à l'échelle internationale et locale montra l'importance de cette collaboration et d'un processus holistique de justice transitionnelle composé des instruments rétributifs et restaurateurs.

ABSTRACT

Internationalization of the transitional justice concept has come up with the end of bipolar world system; following the end of Cold War. Despite the fact that internationalization of the concept dates back to 1990s, dealing with the past is much older. We can trace the historical development of the concept to the end of 1st world war; when Kaizer Wilhelm II's jurisdiction was incorporated as one of the conditions of Versailles Treaty; despite the fact that it was never executed. The Nurnberg and Tokyo Tribunals founded following the Second World War were the first examples of transitional justice mechanisms; aiming to bring to justice the perpetrators of human rights violations during the war. However, international developments resulting in Cold War halted the development of the concept until the end of the cold war. Following the change in the international system, the paradigm shift resulted in the development of the individual security over state security. The reflections of the individual security concept are mainly felt on the human rights. The question on the protection of the human rights resulted in the rise of the norms like humanitarian intervention, responsibility to protect and post conflict justice (*jus post bellum*). Transitional justice had become a part of the post conflict justice concept. However, before this phenomenon, the concept itself went through a paradigm shift.

Throughout 1970s, Latin American countries applied judicial or non-judicial restorative mechanisms in the democratization processes following the collapse of military regimes. Judicial mechanisms consisted of national, international or hybrid tribunals whereas non-judicial mechanisms consisted of truth commissions, monetary or symbolic reparations, amnesty laws and institutional reforms. Transition to democracy and peace influenced the decision on the applied mechanism.

The incorporation of transitional justice as a part of the post conflict justice concept was a result of the civil wars following the Cold War. After that date, dealing with the human rights violations of the civil wars became an internal part of the post conflict justice. The responsibility to protect of the international community resulted in the intervention to civil wars and internationalization of transitional justice, consequently. Ad-hoc international criminal tribunals founded by UN resolutions, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and International Criminal Tribunal for Rwanda are good examples in case. While establishment of a judicial mechanism by UN was under discussion in terms of legitimacy and legality; New York law, created by UN resolution, became the basis of the modern humanitarian law. New York modern humanitarian law came up following the application of norms following the cold war. One of the aims of this thesis is to put forward how the transitional justice concept is internationalized through the establishment of International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia by UN under the framework of post conflict justice

In this line of thinking, the impact of an international transitional justice mechanism, both local and international, is examined.

Today the discussion is not on the necessity of the concept but more on the methodology and mechanisms of the concept. Each and every mechanism has its own merits and disadvantages, besides political culture of the country, transition models, ethnic and social foundation also effect the choices regarding the mechanism. For example in the establishment of International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia by the UN resolution, the specifications of the region played an important role. First of all, as the war was on-going, it was mandatory to have an international and unbiased deterrent mechanism. Taking into consideration the degree of the human rights violations, it was again mandatory to have judiciary body that can nullify the immunity. Additionally, international intervention was indispensable due to ethnic character of the war.

As the diplomatic negotiations led by USA and EU failed at the initial stage, other deterrent mechanisms were put in place, in the scope of Chapter VII of UN Charter. Despite the fact that the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia is a post-war judicial mechanism, it can still be examined under these deterrent mechanisms, mainly due to interpretation of the treaties based on conjuncture. The deterrent role of the Tribunal was over-emphasized by the international community however it could not prevent Srebrenica massacre and Kosovo war. As a result of the failure to be a deterrent mechanism, the importance of the Tribunal as a post-war mechanism to ensure the regional peace and justice is augmented.

Throughout the thesis, the effect of the Tribunal is examined under three different periods. At the initial stage, the instrumentalisation of the Tribunal as a deterrent power failed, however following the conjectural changes in 1997, the tribunal gained power and legitimacy. At the final stage, the effect of the Tribunal in the region started to be questioned, due to its legacy in international humanitarian law and criminal law. The subject matter of the thesis is to evaluate the legacy of the Tribunal as an international transitional justice mechanism at this final stage.

The tribunal lists its successes as keeping the leaders accountable, being the voice of the victims by bringing justice, revealing the truth, developing international Law, strengthening rule of law and ensuring personal criminal responsibility. If we can classify these successes as local and international, it has been argued in the thesis that the international ones are much more visible. The first of application of the international conventions that include international crimes, like Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide and Geneva Conventions by a judicial mechanism came about with the Tribunal. Additionally the constituent elements of the crimes are fixed by the jurisprudence of the Tribunal. The acceptance of sexual harassment and rape crimes as crime against humanity came with the jurisprudence of the Tribunal. The jurisprudence of the both two ad-hoc Tribunals became the basis of the Rome Statute, as a result of which International Criminal Court. The existence of ad-hoc tribunals underlined the importance and necessity of having a permanent International Criminal Court and at the same time, they have contributed to the codification of the international crimes. As a result, a permanent international

transitional justice mechanism is created. Another effect of the ad-hoc tribunals are the establishment of hybrid tribunals. These hybrid tribunals, consisting of local and international judges, at one part created a sense of neutrality and at the same time overcame the general criticism about being away from the region, as they also collaborate with national elements.

As it achieved to bring the people, including the political and military leaders, who violates humanitarian law, in front of the justice; allows us to underline the deterrent power of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. Additionally personal criminal responsibility principle, first brought by Nurnberg Tribunals, is quite important for the wars between ethnicities like Bosnia, in which there is a high possibility of collective allegations based ethnicity. As a result, different ethnic groups that have to live together following the war do not blame each other and at the same time, a criminal responsibility arises not on ethnic groups but on people related with the crime. When we evaluate the legacy of the Tribunal on this basis, it is not possible to conclude that it was successful. However it is not only Tribunal's inability but also the region's political, ethnic and cultural structure do not allow to totally nullify collective blaming, by just focusing on personal crimes. The acceptance of the realities brought by the jurisprudence of the Tribunal also depends on the ethnicity. All three ethnic groups, Serbians, Croats and Bosnians, have the tendency to believe the realities that highlights their own victimization. It is an important factor blocking the acceptance of the "truths" brought by the Tribunal. On the other hand, an important criticism to the Tribunal is the fact that it has limited connection with the local elements; as it is away from the region. All in all, the legacy of the Tribunal in international arena is undisputable however it is limited in the local level.

The reason the effect of the Tribunal is limited in local level is manly explained by the internal dynamics of the region. The regional political actors have the tendency to control the Tribunal's image through politics of denial, revisionism and populism. The main reason behind their success in that is first of all the fact the Tribunal started Outreach Program in 1999, which can be considered somewhat late and secondly due to the fact that the administrative structure founded with the Dayton is mainly based on ethnic foundation. Additionally, the hegemonic conflict of the international actors like Russia in the region affected the image of the Tribunal negatively. Regional political actors tried to instrumentalize the cooperation with the Tribunal as a mean to integrate with the international community more than as a mean to deal with the past. Politicians in both Serbia and Croatia used the economic aid from USA and conditionality regarding EU membership as legitimate reasons to cooperate with the Tribunal. As a result, dealing with the past was not in the discourse of the local politicians.

The fact that transitional justice mechanisms are mainly focused on the penalization of individuals who violated the human rights, it is not perfectly fitting the judicial needs of the victims on the local level. As a result, the need for restorative mechanisms besides the Tribunal arises. In the latest EU strategy for the Balkans, it is clearly stated that there is a need for a "truth commission". It is critical for the region to have more restorative mechanisms, on top of the "truth commissions". Monetary

and symbolic compensations are still creating conflicts between the states as well as data sharing for missing persons during the war.

This thesis aims to evaluate the impact of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia as a transitional justice mechanism, both international and local level. In international arena, the effect is clear due to its contribution to international humanitarian and criminal law whereas the effect on local level is still indecisive mainly due to local political culture and the effect of international actors. As a result after 25 years, there is still no restorative mechanism that is accepted by the all ethnic groups. The transitional justice process in the region is mainly managed by the international actors. As a result, it can be concluded that, it is inevitable for the post-conflict transitional justice periods to be internationalized. The ethnic groups who do not show a willingness to live together in post-war era, only accepted to cooperate with the Tribunal to be integrated into the international community. It is fair to conclude that transitional justice is not internalized but very much dependent on the international support. The strengthening of national judicial systems, removal of old political figures from the political arena, the conviction of war criminals on the basis of genocide, crime against humanity and war crimes and the settlement of the democracy in the region are not even enough for a regional initiative to continue the process of dealing with the past. The local initiative to start a regional truth commission called RECOM is even started due to the fact that it is incorporated to the EU strategy.

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia as the first ad-hoc criminal tribunal established by the UN to bring post-conflict justice and peace has fairly achieved the first part of its duty to bring justice however in local created a negative peace frame. When we look at concept of positive peace, that is national reconciliation, the willingness to live together, it is clear that there is more to do in the region. It is inevitable for the local and international actors to cooperate to achieve this target. Multi dimensionality of the post conflict transitional justice concept can be realized successfully by the cooperation of local and international actors and by considering the regional dynamics. The best example in case is the limited effect of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia due to late connection with the regional elements and internal dynamics.

ÖZET

Geçiş dönemi adaleti kavramının uluslararasılaşması, Soğuk Savaş'ın bitişiyle birlikte iki kutuplu sistemin sona ermesiyle ortaya çıkmıştır. Bu kavram 1990'lı yıllardan itibaren uluslararasılaşsa da geçmişle yüzleşmenin tarihi daha da eskilere dayanıyor. Kavramın tarihsel gelişimini, 1. Dünya Savaşı sonrası Alman imparatoru II. Wilhelm'in yargılanmasının her ne kadar gerçekleşmese de Versailles Antlaşması şartları arasında yer almasına dayandırabiliriz. II. Dünya Savaşı sonrası kurulan Nürnberg ve Tokyo Mahkemeleri, savaş sırasında gerçekleşen insan hakları ihlallerinin cezasız kalmaması adına oluşturulan ilk yargısal geçiş dönemi adaleti mekanizmalarıdır. İkinci Dünya Savaşı sonrası iki kutuplu sistemin varlığı kavramın tarihsel gelişimini Soğuk Savaş'ın bitimine kadar durdurmuştur. Sistem değişikliğini takiben uluslararası ilişkilerde gerçekleşen paradigma dönüşümü birey bazlı bir güvenlik anlayışının önem kazanmasına neden olmuştur. Birey bazlı güvenlik anlayışının yansımaları en çok insan hakları alanında kendini hissettirmiştir. İnsan haklarının korunması sorunsalı beraberinde insancıl müdahale, koruma sorumluluğu, savaş sonrası adalet(*jus post bellum*) gibi normların önem kazanmasına neden olmuştur. Geçiş dönemi adaleti de savaş sonrası adaletinin bir parçası haline gelmiştir. Fakat savaş sonrası adalet normunun bir paçası haline gelmeden önce bir paradigma değişikliğini de geçiş dönemi adaleti kavramı yaşamıştır.

1970'lerde Latin Amerika ülkelerinde askeri otoriter rejimlerin yıkılması sonrası demokrasiye geçişte geçmişle yüzleşme kapsamında çeşitli yargısal ve yargısal olmayan onarıcı mekanizmalara başvurulmuştur. Yargısal mekanizmalar ulusal, uluslararası ve melez mahkemelerden oluşurken; yargısal olmayan onarıcı mekanizmalar ise hakikat komisyonları, maddi ve manevi tazminatlar, af kanunları ve kurumsal reformlara dayanmaktadır. Demokrasiye veya barışa geçişteki modeller tercih edilen mekanizmalar üzerinde etkili olmuştur.

Geçiş dönemi adaleti barışa geçiş kapsamında, kavramın savaş sonrası adaletin bir parçası haline gelişi Soğuk Savaş'ın bitimiyle ortaya çıkan iç savaşlar neticesinde gerçekleşmiştir. O tarihten itibaren iç savaşlarda yaşanan insan hakları ihlalleriyle yüzleşmek savaş sonrası adaletin bir parçası haline gelmiştir. Uluslararası toplumun koruma sorumluluğu da iç savaşlara müdahaleyi beraberinde getirirken, geçiş dönemi adaleti mekanizmalarının da uluslararasılaşmasına yol açmıştır. Güvenlik Konseyi kararları ile kurulan ad hoc uluslararası ceza mahkemeleri, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi bunun en önemli örneğidir. BM'nin bir yargısal mekanizma kurmuş olması meşruluk ve yasallık açısından tartışılırken, Güvenlik Konseyi kararlarıyla oluşturulan New York hukuku modern insancıl hukukun temel kaynağı haline gelmiştir. New York hukuku modern insancıl hukuku, Soğuk Savaş sonrası normlarının uygulanma aşamasında ortaya çıkmıştır. Bu tezin bir gayesi de BM aracılığıyla Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi

nezdinde savaş sonrası adalet çatısında kurumsallaşan geçiş dönemi adaleti kavramının nasıl uluslararasılaştığını ortaya koymaktır. Bu bağlamda da uluslararası bir geçiş dönemi adaleti mekanizmasının etkisi yerel ve uluslararası boyutlarıyla incelenmiştir.

Gümümüzde kavramın gerekliliği üzerine değil hangi mekanizmalarla gerçekleştirileceği üzerine tartışmalar yürütülmektedir. Her mekanizmanın avantajları ve dezavantajlarının olmasının yanı sıra ülkelerin politik kültürleri, geçiş modelleri, etnik ve sosyal yapısı yöntem tercihlerinde büyük rol oynamaktadır. Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi'nin Güvenlik Konseyi kararıyla kuruluşu, bölgenin özellikleri dikkate alınarak gerçekleşmiştir. Öncelikle mahkeme kurulduğunda savaş halen sürüyor olduğu için uluslararası ve tarafsız bir caydırıcı mekanizmanın varlığı zorunluydu. Savaş sırasındaki insan hakları ihlallerinin şiddeti dokunulmazlığı ortadan kaldıracak yargısal bir mekanizmayı gerektiriyordu. Uluslararası müdahale savaşın etnik karakteri nedeniyle de kaçınılmaz hale gelmişti.

Daha en başından özellikle AB ve ABD tarafından yürütülen diplomatik müzakereler başarısızlıkla sonuçlanınca, BM Şartı 7. Bölüm kapsamında daha farklı caydırıcı mekanizmalara başvuruldu. Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi de her ne kadar savaş sonrası adaletinin yargısal bir mekanizması olsa da antlaşmaların günümüz konjonktürüne uygun olarak yorumlanması neticesinde bu caydırıcı mekanizmalar altında incelenebilir. Bu kapsamda mahkemenin caydırıcı rolü uluslararası kamuoyu tarafından özellikle vurgulanmasına rağmen, kısa vadede Srebrenitsa soykırımını ve Kosova Savaşı'nın patlak vermesini engelleyememiştir. Dolayısıyla da savaş sırasında caydırıcı bir rol üstlenemeyen mahkemenin, savaş sonrası bölgede adaleti ve barışı tesis etme amacına sahip bir mekanizma olarak etkisi daha da önemli hale gelmiştir.

Tezde mahkemenin bir mekanizma olarak bölgedeki etkisi üç ayrı dönemde incelenmiştir. İlk olarak savaş sırasında mahkemenin caydırıcı bir unsur olarak araçsallaştırılması mümkün olmazken; 1997 yılı sonrası değişen siyasi konjonktürle birlikte mahkeme güçlenerek rüştünü ispat etmiştir. Artık final aşamasında da mahkemenin uluslararası insancıl hukuk ve ceza hukukundaki mirası ile bölgedeki etkisi tartışılır hale gelmiştir. Tezin konusu da mahkemenin bir uluslararası geçiş dönemi adaleti mekanizması olarak final aşamasındaki mirasını değerlendirmeye dayanmaktadır.

Mahkeme kendi başarılarını, liderleri hesap verebilir kılmak, kurbanlara adalet getirerek onlara ses vermek, gerçekleri ortaya çıkarmak, uluslararası hukuku geliştirmek, hukukun üstünlüğünü güçlendirmek, bireysel cezai sorumluluğu sağlamak şeklinde sıralamaktadır. Bu başarıları ulusal ve uluslararası olarak ayrı ayrı incelediğimizde uluslararası alandakilerin daha görünür olduğunu tez ortaya koymaktadır. Somut olarak Soykırım Sözleşmesi, Cenevre Sözleşmeleri gibi uluslararası suçları içeren metinlerin yargısal bir mekanizma tarafından ilk uygulamaları gerçekleştirilmiştir. Ayrıca suçların kurucu unsurları yaratılan içtihatlar sayesinde sabit hale gelmiştir. Cinsel şiddet ve tecavüz suçlarının insanlığa karşı suç kapsamına dâhil edilmesi yine mahkeme içtihadı sayesinde gerçekleşmiştir. Her iki ad hoc mahkemenin içtihadı, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ni kuran Roma Statüsü'nün en önemli referans kaynağı olmuştur. Ayrıca ad hoc mahkemelerin sürekli bir Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmasındaki direk rolü yadsınamayacak kadar büyüktür. Mahkemeler bir yandan sürekli bir uluslararası ceza mahkemesine olan ihtiyacı ortaya koyarken diğer yandan da uluslararası suçların kodifikasyonuna da

büyük katkı sağlamıştır. Böylelikle uluslararası ve sürekli yargısal bir geçiş dönemi adaleti mekanizması yaratılmıştır. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulması dışında melez mahkemelerin ortaya çıkışı da ad hoc mahkemelerin dolaylı etkisi olarak değerlendirilmektedir. Yerel ve uluslararası yargıçlardan oluşan melez mahkemeler, bir yandan tarafsız bir imaj sağlarken aynı zamanda ulusal unsurlarla da işbirliğine giderek ad hoc mahkemelerde eleştirilen bölgeden uzak olma faktörünü ortadan kaldırmaktadırlar.

İnsan hakları ihlallerini gerçekleştiren kişilerin, siyasi ve askeri liderler de dâhil, kanun önünde hesap vermesini sağlaması uzun vadede Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi'nin caydırıcı yönüne vurgu yapabilmemizi sağlamaktadır. Ayrıca Nürnberg ile getirilen bireylerin cezai sorumluluğu prensibi, Bosna gibi etnik temelli kolektif suçlamaların ihtimal dâhilinde olduğu savaşlarda büyük önem arz etmektedir. Böylelikle savaş sonrası bir arada yaşamak zorunda olan farklı etnik gruplar birbirlerini kolektif olarak suçlamazken, bireyler üzerinden bir cezai sorumluluk ortaya çıkmaktadır. Tezde mahkemenin bu bağlamdaki mirası incelendiğinde tam anlamıyla bir başarı sağladığını söylemek zordur. Bu anlamda sadece mahkemenin başarısızlığından bahsedilemez, bölgenin siyasi, etnik ve kültürel yapısı da kolektif suçlamanın tamamıyla ortadan kalkmasını engellemektedir. Mahkemenin içtihadıyla ortaya çıkardığı savaş ile ilgili gerçekler de toplum tarafından sahip olunan etnik kimliğe göre benimsenmektedir. Her üç etnik grup da, Sırlar, Hırvatlar ve Boşnaklar, kendi mağduriyetlerini ön plana çıkaran doğrulara inanmaktadır. Bu da mahkeme tarafından tesis edilen doğruların toplum nezdinde karşılık bulmasını zorlaştırmaktadır. Diğer yandan mahkemeye getirilen en önemli eleştirilerden biri de bölgeden uzak oluşu nedeniyle yerel öğelerle bağlantısının yeterli olmamasıdır. Uluslararası düzeydeki mirası tartışılmaz olan mahkemenin yerel düzeydeki etkisi de bu nedenle sınırlı kalmaktadır.

Mahkemenin etkisinin yerel düzeyde sınırlı kalması bölgenin iç dinamikleriyle de açıklanmaktadır. Bölgesel siyasi aktörlerin inkarcı, revizyonist ve popülist politikalarla mahkemenin imajını kontrol ediyor oluşu mahkemenin yerel destek programına 1999 yılında görece geç başlamasıyla açıklanabileceği gibi, Dayton sonrası kurulan idari yapının etnik temele dayanmasıyla da yorumlanabilir. Ayrıca Rusya gibi büyük aktörlerin bölgedeki hakimiyet savaşı da mahkemenin toplumlar nezdinde imajı açısından önemli rol oynamıştır. Bölgesel siyasi aktörler mahkeme ile işbirliğini uluslararası topluma entegre olma amacıyla araçsallaştırarak; geçmişle hesaplaşma anlamında bir adım olarak içselleştirmemişlerdir. ABD'den alınan ekonomik yardımlar ve AB üyeliği gibi şartlılık mekanizmaları barındıran bütünleşme yolları, Hırvatistan ve Sırbistan tarafından topluma mahkeme ile işbirliğini zorunlu hale getiren meşrulaştırıcı unsurlar olarak sunulmuştur. Bu doğrultuda mahkemeye olan işbirliği geçmişle hesaplaşma kapsamında değil uluslararası topluma entegre olma amacıyla yürütülmüştür.

Geçiş dönemi adaletinin yargısal mekanizmalarının insan hakları ihlallerini gerçekleştiren kişileri cezalandırmaya yönelik oluşu, yerel düzeyde mağdurların ihtiyaçlarını tam anlamıyla karşılayamamasına neden olmaktadır. Mahkeme dışında onarıcı mekanizmalara olan ihtiyaç da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Batı Balkanlar'a yönelik son AB stratejisi kapsamında bölgesel bir hakikat komisyonunun kurulmasının gerekliliği özellikle vurgulanmıştır. Hakikat komisyonundan başka onarıcı adalet mekanizmalarının varlığı da bölge için kritiktir. Maddi ve sembolik tazminatlar hala bölgedeki ülkeler arası tartışma konusu olurken, savaş sırasında kaybolan kişiler hakkındaki bilgi paylaşımı da ilişkilerde gerginlik yaratan konulardan biridir.

Bu tez, mahkemenin ulusal ve uluslararası düzeyde yargısal bir geçiş dönemi adaleti mekanizması olarak etkisini ortaya koymaya çalışmıştır. Uluslararası düzeydeki etkisi, uluslararası insancıl ve ceza hukukunun gelişime yaptığı katkı sayesinde sabitken; yerel düzeydeki etkisi bölgesel siyasi kültür ve müdahil olan dış aktörler nedeniyle hala tartışılmaktadır. Bu nedenle de bölgede savaşın üzerinden 25 yıl geçmesine rağmen bütün etnik grupların üzerinde mutabakat sağladığı bir onarıcı mekanizma kurulmamıştır. Bölgedeki geçiş dönemi adaleti süreci uluslararası aktörler tarafından yönetilmektedir. Bu bağlamda savaş sonrası adalet süreçlerinde geçiş dönemi adaletinin uluslararası hale gelmesinin kaçınılmaz olduğu ortaya çıkmaktadır. Savaş sonrası bir arada yaşama iradesi göstermeyen etnik grupların uluslararası topluma entegre olmak amacıyla mahkemeye işbirliği yapması da dış aktörlerin şartlılık mekanizmaları sayesinde gerçekleşmiştir. Bu nedenle de hala ülkede geçiş dönemi adaletinin içselleştirildiğini söylemek mümkün değildir, süreç daha çok dış destekli ilerlemektedir. Ulusal yargı mekanizmalarının güçlendirilmesi, eski politik aktörlerin siyasetten uzaklaşmaları, savaş suçlularının soykırım, insanlığa karşı suç ve savaş suçlarından mahkûm edilmesi, bölgede demokrasinin yerleşmesi hala geçmişle hesaplaşmanın bölgesel bir inisiyatifle devam etmesini sağlayamamaktadır. RECOM adı altında başlayan hakikat komisyonu kurma süreci de AB tarafından üyelik stratejisine dâhil edilmiştir.

Bölgede savaş sonrası adaleti ve barışı sağlama amacıyla Güvenlik Konseyi tarafından kurulan ilk ad hoc uluslararası ceza mahkemesi Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi, misyonunun ilk ayağı adaleti sağlarken, yerelde de negatif barışın tesisine olanak sağlamıştır. Fakat ulusal uzlaşmaya, bir arada yaşama iradesine yani pozitif barışa baktığımız zaman bölgenin geçiş dönemi adaletinde alması gereken daha fazla yol olduğunu görüyoruz. Bu bağlamda da bölgedeki siyasi aktörlerin ve uluslararası aktörlerin süreçteki işbirliği kaçınılmaz hale gelmektedir. Çok boyutlu olan savaş sonrası adalet süreci ancak yerel ve uluslararası aktörlerin işbirliğiyle bölgesel dinamiklerin dikkate alınmasıyla tam anlamıyla başarıya ulaşabilir. Eski Yugoslavya Ceza Mahkemesi de bölgesel ve uluslararası düzeydeki mirasıyla bu işbirliğinin ve kapsayıcı bir geçiş dönemi adaleti sürecinin önemini ortaya koyuyor.

INTRODUCTION

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie(TPIY) créé le 25 mai 1993 par la Résolution 827 du Conseil de sécurité fermait ses portes en décembre 2017 après 24 années d'existence, 161 personnes mises en accusation et 83 condamnations. Dans ce contexte les débats sur son héritage sont plus actuels que jamais. La dernière séance du Tribunal fut assez surprenante: Slobodan Praljak, Général croate condamné à 20 ans de prison accusé d'avoir commis des crimes de guerre et crimes contre l'humanité, se suicida en pleine audience le 29 novembre 2017, accélérant justement les débats sur l'héritage du TPIY. Dans son dernier jugement annoncé juste quelques jours avant le suicide du Général, le 23 novembre 2017, la Chambre de première instance du TPIY condamna à perpétuité le principal responsable des crimes internationaux pendant la guerre de Bosnie : Ratko Mladic qui était tenu responsable de génocide et de crimes contre l'humanité. Ces deux événements spectaculaires soulevèrent des questions sur le TPIY concernant son établissement, sa performance, sa compatibilité avec son mandat, son impact dans la région, et l'achèvement de sa mission. Bien que les recherches sur cette thèse qui recouvre tous ces aspects aient commencé bien avant, c'est par pur hasard que le travail arrive à terme en même temps que le Tribunal.

Le processus allant jusqu'à la création du TPIY commença indirectement avec la fin de la Guerre Froide, période qui marquée par une succession d'événements historiques décisifs tels que la chute du mur de Berlin, l'unification de l'Allemagne, le démembrement de l'URSS et enfin l'invasion du Koweït par l'Iraq en août 1990. En raison de ces bouleversements, les événements dans les Balkans n'attirèrent pas particulièrement l'attention de la communauté internationale au début.

La République Fédérale de Yougoslavie était un creuset composé de six Républiques et de deux administrations autonomes ; la Serbie, la Croatie, la Slovénie, la Bosnie-Herzégovine, la Macédoine, le Monténégro et l'administration du Kosovo et de la Voïvodine. Chaque république était composée d'une population hétérogène ethnique et religieuse.

La résurgence des tendances nationalistes déclenchée par la mort en 1980 du Maréchal Tito, leader et chef d'Etat légendaire auquel le pays devait son unité, marqua le début du processus de désintégration de la Yougoslavie dans les années 1990. Bien que la crise yougoslave pourrait être expliquée par des raisons ethniques, religieuses et économiques, il va de soi que l'éclatement de l'Union soviétique et la fin de la Guerre froide eurent aussi des conséquences directes sur la dislocation du pays. En décembre 1990, la Slovénie obtint 86% des votes pour une Slovénie souveraine et indépendante, suivi des Croates qui votèrent à 83% pour la libération dans un référendum organisé en mai 1993 et boycotté par les Serbes de Krajina¹. Comme conséquences de ces tentatives d'émancipation, la Slovénie et la Croatie déclarèrent successivement, le 25 juin 1991, leur indépendance. En réponse au référendum croate, les habitants de la zone de Krajina, composée majoritairement des Serbes, organisèrent, à leur tour, un second référendum et votèrent pour une unification avec la Serbie.

Les difficultés encourues à gérer la structure multi-ethnique et religieuse en Bosnie Herzégovine peuplée de Serbes, Croates et musulmans semèrent les germes futurs de la guerre. Les résultats du recensement de 1991 ont montré que le pays était composé à 43,7% de Bosniaques, à 31,2% de Serbes, à 17,3 % de Croates à 5,5% de Yougoslaves et à 2,3% d'autres². Dans ce contexte, bien que les Bosniaques furent en faveur de l'unité de la République fédérative socialiste de Yougoslavie après les déclarations d'indépendance de la Croatie et de la Slovénie la voie de l'indépendance fut inévitable pour la Bosnie-Herzégovine. En réponse à la déclaration d'indépendance du 3 mars 1992 de la Bosnie Herzégovine, reconnue par l'UE et les États-Unis, les Serbes de Bosnie déclarèrent à leur tour, le 7 avril 1992, l'indépendance de la République serbe de Bosnie. Ces événements menèrent à la guerre de Bosnie-Herzégovine qui éclata en avril 1992 suite à l'attaque perpétrée par les Serbes de Bosnie aux régions majoritairement musulmanes dans l'est de la Bosnie-Herzégovine et qui dura presque trois ans. Le bilan de la guerre fut très lourd: 250.000 morts et presque 2,2 millions de personnes déplacées et réfugiés. Dans un tel contexte, l'intervention de la communauté internationale était inévitable.

¹ Aleksandar Pavkovic, *The Fragmentation of Yugoslavia Nationalism and War in the Balkans*, Macmillan Press, 2000, London, p.127

² Marie Janine Calic, "Ethnic Cleansing and War Crimes", dans Charles W. Ingrao et Thomas A. Emmert ed. par *Confronting the Yugoslav Controversies*, p.122

Les premières interventions internationales se concrétisèrent en initiatives diplomatiques de l'Union Européenne (UE) suivies par celles des Nations Unies (ONU) sous la direction des États-Unis pendant la phase initiale de la guerre. Dans le cadre de ces efforts diplomatiques, plusieurs plans furent élaborés par la communauté internationale pour l'établissement de l'ordre politique à la fin de la guerre. L'ONU instrumentalisa les résolutions du Conseil de sécurité dans le cadre de mesures économiques et militaires prises comme une « interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radioélectriques et des autres moyens de communication » d'après l'Article 41 de la Charte à partir de 1992 en commençant par imposer un embargo sur les armes imposées aux pays belliqueux. L'intervention judiciaire internationale du TPIY doit justement être acceptée comme une mesure judiciaire prise en vertu du Chapitre VII de l'ONU. Finalement, l'intervention de la communauté internationale se termina par l'intervention militaire de l'OTAN en 1995 en Bosnie-Herzégovine. Il serait pertinent de remarquer que l'ensemble du processus en ex-Yougoslavie a pris forme à travers les organisations internationales et particulièrement les initiatives prises par le Conseil de sécurité de l'ONU. Le droit international humanitaire moderne intitulé par Bélanger comme le droit de New York comporte les interventions des nouveaux acteurs des relations internationales en particulier celles du Conseil de sécurité de l'ONU par ses résolutions. Et il influença le déroulement de la guerre et la transition post-confliktuelle dans les Balkans.

Jusqu'à la fin de la Guerre Froide, les deux principes fondamentaux des relations internationales étaient la souveraineté et la non-ingérence. Avec la fin du système bipolaire de nouveaux niveaux d'analyse des relations internationales apparurent comme le rôle de l'individu et des organisations internationales. La multiplication des acteurs dans les relations internationales, le changement d'approche dans les conceptions sécuritaires envers la protection de l'individu et l'exigence universelle des droits de l'homme ont déterminé le concept de la responsabilité de protéger pour la communauté internationale. Ce faisant, les nouvelles normes des relations internationales prirent formes autour de ce nouveau rôle de la communauté internationale qui entreprit cette tâche à travers les organisations internationales, et plus particulièrement l'Organisation des Nations Unies (ONU) puisqu'elle agit à travers celle-ci dans toutes les interventions découlant du principe de la responsabilité

de protéger afin de les légitimer. Dans cette perspective, les principes fondamentaux de la souveraineté et la non-ingérence commencèrent à perdre leur rôle privilégié face à la protection des droits de l'homme.

La justice transitionnelle qui constitue le cadre conceptuel de ce travail, se développa progressivement dans ce nouveau système international. Selon la définition donnée par le Centre International pour la Justice Transitionnelle (ICTJ-International Center for Transitional Justice) le dit-concept englobe « *l'ensemble des mesures judiciaires et non-judiciaires qui ont été mis en œuvre par les différents pays pour remédier à l'héritage des violations massives des droits de l'homme. Ces mesures comprennent les poursuites pénales, les commissions de vérité, les programmes de réparation et divers types de réformes intentionnelles* ». La classification des mesures judiciaires et non-judiciaires s'est réalisée en deux catégories : d'une part, la justice rétributive qui comprend les mesures rétrospectives comme les poursuites pénales nationales, internationales, hybrides et d'autre part la justice restauratrice qui englobe les mesures prospectives visant à créer une volonté de réconciliation parmi les groupes belligérants sortant d'un régime autoritaire et d'un conflit. L'instrumentalisation du concept dans le cadre de ces deux tendances s'est réalisée selon le développement conjoncturel des relations internationales. La théorisation du concept de justice transitionnelle se fera à travers une généalogie basée sur son évolution historique ainsi que l'instrumentalisation à travers les changements normatifs dans les relations internationales. C'est d'ailleurs pourquoi, la généalogie qui remonte au lendemain de la justice rétributive avec les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo continua par la combinaison des instruments des deux groupes à partir des années 1980 en raison de la multiplication des buts du processus de justice transitionnelle après les transitions post-confliktuelles. Le concept a évolué à travers les changements normatifs dans les relations internationales concernant les exigences des droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que la globalisation du processus de justice transitionnelle par la combinaison des instruments nationaux et internationaux.

Les demandes de justice devraient être ajustées selon les réalités contextuelles, y compris la situation géographique, le type de conflit, les conditions locales, l'espérance de la paix, la capacité matérielle et sociale des pays en voie de transition, autrement dit de la prise en compte des circonstances politiques, économiques, sociales, culturelles et structurelles des pays en transition pour mener des processus de

justice transitionnelle appropriés aux conditions locales. En raison des circonstances politiques et structurelles en ex-Yougoslavie, de longues années de guerre, de l'impossibilité de l'impunité face à la brutalité des violations des droits de l'homme pendant la guerre, de l'absence d'un secteur judiciaire fiable, de la puissance des élites politiques nationalistes et des lignes de failles ethniques le besoin d'un instrument judiciaire impartial international était inéluctable. La guerre en cours imposa l'existence d'un mécanisme dissuasif judiciaire qui mettrait immédiatement fin, dans le cours terme, aux hostilités en ex-Yougoslavie.

Le processus de justice transitionnelle en ex-Yougoslavie et la responsabilité de protéger de la communauté internationale se sont agencés dans le cadre du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie(TPIY) dont la mission était:

« De traduire en justice les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 et, ce faisant, de contribuer au rétablissement et au maintien de la paix dans la région »³.

Le Conseil de sécurité chargea le TPIY de juger les criminels de guerre présumés en ex-Yougoslavie et de rétablir la paix ; responsabilités qui étaient en même temps les buts du processus de justice transitionnelle. Dans ce contexte, un organe judiciaire international aura été ainsi créé pour la justice transitionnelle. Ainsi, il serait pertinent de remarquer que le droit humanitaire international fut mis en application à travers le droit pénal international. Autrement dit, le changement systémique, les développements normatifs conjoncturels, la brutalité de la guerre en ex-Yougoslavie, la pluralité des acteurs ont rendu obligatoire une réponse internationale à la guerre dans les Balkans.

Notons que l'internationalisation de la justice transitionnelle a coïncidé avec la dissolution de l'ex-Yougoslavie après la fin de la Guerre froide et que par conséquent la justice transitionnelle a été institutionnalisée pour l'ex-Yougoslavie dans le cadre d'un instrument judiciaire rétributif international, à savoir le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. L'institutionnalisation de la justice transitionnelle se concrétisa à travers les poursuites judiciaires nationales et internationales, les commissions de vérité, les programmes de réparations, les lois de

³ <http://www.icty.org/fr/le-tribunal-en-bref/le-tribunal/mandat-et-competence-du-tpiy>, consulté le 10.02.2018

lustrations et les réformes institutionnelles dans divers pays. Le traitement du passé non-démocratique ou conflictuel se déroula via l'intermédiaire de ces instruments de justice transitionnelle. Le recours à ces instruments peut être expliqué par leur contribution à la justice, l'Etat de droit, la démocratie, l'établissement de la vérité, la lutte contre la culture de l'impunité et la réconciliation nationale dans les pays sortant d'un conflit ou d'un régime autoritaire. Tous les acteurs des relations internationales y compris les organisations intergouvernementales internationales et régionales, les organisations non-gouvernementales locales ou internationales, ont défendu la justice transitionnelle. Par conséquent, le développement normatif et institutionnel du concept de justice transitionnelle a été intériorisé par la communauté internationale dans le cadre de la transition post-conflictuelle et post-autoritaire. Même la justice transitionnelle en ex-Yougoslavie autrement dit la coopération avec le TPIY est devenue une condition *sine qua non* à remplir en voie de l'intégration à la communauté internationale.

Dans cette perspective, cette étude cherche à examiner l'impact de cette institution juridique en tant qu'instrument de la justice transitionnelle, c'est-à-dire celui du TPIY. Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie a été choisi comme étude de cas pour montrer l'évolution du concept sur le plan international. En effet, ce tribunal refléta pour la première fois, la volonté exprimée par la communauté internationale par le biais des Nations-Unies pour juger les personnes présumées responsables des crimes internationaux. Il serait pertinent de démontrer le rôle que peut jouer un mécanisme juridique dans le processus de justice transitionnelle en illustrant justement l'évolution conceptuelle de la justice transitionnelle à travers le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. Alors que d'une part l'évaluation à court terme du rôle politique des institutions de la justice transitionnelle représente l'un des objets principaux dans le processus du traitement du passé, d'autre part il semble nécessaire à long terme de prendre en considération l'impact de la justice transitionnelle. L'impact à long terme du TPIY est basé sur l'évolution du concept de justice transitionnelle dans le temps, son approbation nationale dans la région et sa stratégie de communication dans l'établissement de la vérité. De plus, il semble crucial de comprendre comment le TPIY promut la responsabilisation en assurant le dialogue et la réhabilitation nationale.

Le point de départ de cette thèse consiste à analyser l'impact du Tribunal Pénal International en tant qu'instrument international de justice transitionnelle créé par l'engagement du Conseil de Sécurité en vertu Chapitre VII de la Charte de l'ONU. Dans cette perspective, cette thèse tentera de révéler les réalisations du TPIY sur le plan local et international en tant qu'instrument international de justice transitionnelle. Pour cela nous essayerons d'exposer le rôle du TPIY dans l'institutionnalisation judiciaire de la justice transitionnelle et l'importance d'une approche holistique incluant les instruments rétributifs et restaurateurs dans les transitions post-conflictuelles.

Ce travail sera subdivisé en deux grandes parties. La première partie portera sur le développement conceptuel de la justice transitionnelle. Les composantes du contenu ainsi que les institutions judiciaires et extra-judiciaires seront pris en main dans cette première partie. Un récapitulatif historique en trois phases du concept de justice transitionnelle nous servira de guide dans notre recherche. La première phase commence après la Seconde Guerre Mondiale avec les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo et leurs apports au concept. La deuxième phase post-Guerre Froide en tant que période de démocratisation à partir des régimes militaires ou socialistes, reflète la diversification des instruments de justice transitionnelle. Enfin, la dernière phase qui coïncide avec la globalisation est définie par l'internalisation de la justice transitionnelle par le légalisme à travers la jurisprudence des tribunaux pénaux ad-hoc (l'Ex-Yougoslavie et le Rwanda) et de la Cour Pénale Internationale. Dans la première partie, nous aborderons d'abord les buts essentiels de la justice transitionnelle et ensuite les instruments de la justice transitionnelle sous les rubriques de la justice restauratrice et de la justice répressive.

La deuxième partie se penchera sur l'impact du Tribunal Pénal International pour l'ex- Yougoslavie en tant qu'instrument de justice transitionnelle, impact qui sera examiné dans le cadre de l'évolution du droit humanitaire. Dans cette perspective, nous étudierons en profondeur dans un premier temps, le droit substantiel, composé du droit international humanitaire et du droit pénal international, puis dans un second temps, le « droit de New York » à travers les nouveaux concepts élaborés par la communauté internationale et les décisions des tribunaux pénaux ad-hoc et enfin dernièrement le fonctionnement et l'évaluation du TPIY par rapport à la justice transitionnelle ainsi

que la pérennisation de cette justice à travers la CPI avant de conclure par un débat final concernant l'avenir réservé à la justice transitionnelle dans la région.

Tout au long de ce travail, d'un point de vue méthodologique nous avons suivi une approche qualitative pour évaluer les réalisations du TPIY à l'échelle internationale en matière de justice transitionnelle et à l'échelle locale en matière de réconciliation nationale dans la région. Nous avons utilisé des sources primaires basées sur la jurisprudence du TPIY et des sources secondaires pour examiner l'impact du TPIY en tant qu'instrument de la justice transitionnelle. Afin de compléter nos recherches, nous avons conduit une étude de terrain à l'Université d'Utrecht pendant six mois entre juin et décembre 2016 grâce à une bourse de recherche accordée par le Conseil de Recherche Scientifique et Technique de Turquie (TUBITAK). Durant ce séjour à Utrecht, le privilège nous a été accordé d'assister en personne au procès de Ratko Mladic le 16 août 2016 à La Haye et par la suite à diverses conférences d'héritage organisées par le TPIY avec la participation de juges, de fonctionnaires du Tribunal, d'académiciens et de représentants de la société civile dans la région. Parmi ces conférences celle organisée par l'Université d'Utrecht et l'Association des instituts des droits de l'homme sous le titre de « 50 ans des deux pactes des droits de l'homme de l'ONU: héritages et perspectives » a contribué au cadre théorique de cette thèse sur la justice internationale et le droit international humanitaire. Enfin, l'aide et les orientations bien précieuses de la professeure adjointe Dr. Brianne McGonigle Leyh ont considérablement enrichi ce travail sur le plan théorique.

PREMIERE PARTIE : LE CONCEPT DE JUSTICE TRANSITIONNELLE

La justice transitionnelle est un concept en voie de développement ; le champ de recherche de ce concept est relativement nouveau. L'essor du concept de la justice transitionnelle s'est concrétisé avec l'article de Mary Jo Palumbo⁴; elle définit la conférence intitulée « Justice in Times of Transition » qui a eu lieu à Salzbourg en 1992 comme « le premier d'une série de longues années de réunions sur la justice transitionnelle ».⁵ Mais l'internalisation de l'usage du concept s'est réalisée avec les travaux de Neil J. Kritz⁶. Ruti Teitel, l'auteur de *Transitional Justice* en 2000, souligne qu'elle a formulé la « justice transitionnelle » comme concept pendant la période de la dissolution du bloc soviétique et de la transition démocratique de l'Amérique Latine vers les années 1980.⁷ Bien que la justice transitionnelle soit un concept en voie de développement, il est utilisé souvent pour analyser les anciennes procédures juridictionnelles auxquelles les Etats ont fait recours dans la période dite de *transition*. D'une part, les procès du Roi Charles Ier après la Révolution anglaise et de Louis XVI après la Révolution française ainsi que les tentatives de poursuite contre Guillaume II d'Allemagne après la Première Guerre Mondiale selon l'article 227 du Traité de Versailles, sont examinés dans le cadre de justice transitionnelle⁸. D'autre

⁴ Paige Arthur, "How Transitions Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice", *Human Rights Quarterly*, 31 (2009), p. 329.

⁵ Mary Jo Palumbo, "New Democracies Debate How to Punish Dictators of Past", *Boston Herald*, 5 Avril 1992.

⁶ Neil J. Kritz, *Transitional Justice, How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*(1995), United States Institute of Peace Press, Washington

⁷ Ruti G. Teitel, *Globalizing Transitional Justice Contemporary Essays*(2014), Oxford University Press, New York, p.3

⁸ Procès du Roi Charles: Le procès du roi s'est réalisé en 1649 devant un tribunal spécial, les juges choisis par le Chambre des Communes. Il a été exécuté le 30 Janvier 1649 malgré l'opposition du Chambre des Lords.

<http://www.parliament.uk/about/living-heritage/building/palace/westminsterhall/government-and-administration/trial-of-charlesi/> , consulté le 18.10.2015

Le procès de Louis XVI.: Le procès du Louis XVI s'est réalisé entre 10 décembre et 26 décembre 1792. Il est jugé par la Convention Nationale pour les accusations de trahison, et de conspiration contre l'État. Il est guillotiné le 21 Janvier 1793. <http://www.justice.gouv.fr/histoire-et-patrimoine-10050/proces-historiques-10411/le-proces-de-louis-xvi-22604.html>, consulté le 18.10.2015

Article 227 du Traité de Versailles: Les puissances alliées et associées mettent en accusation publique Guillaume II de Hohenzollern, ex-empereur d'Allemagne, pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités. Un tribunal spécial sera constitué pour juger l'accusé en lui assurant les garanties essentielles du droit de défense. Il sera composé de cinq juges, nommés par chacune des cinq puissances suivantes, savoir les États-Unis d'Amérique, la Grande-Bretagne, la France, l'Italie et le Japon. Le tribunal jugera sur motifs inspirés des principes les plus élevés de la politique entre les nations avec le souci d'assurer le respect des obligations solennelles et des engagements internationaux ainsi que de la morale Internationale. Il lui appartiendra de déterminer la peine qu'il

part, les procès de Nuremberg et Tokyo, les deux Tribunaux Pénaux ad-hoc qui ont été fondés après la Seconde Guerre Mondiale, sont considérés comme les premiers mécanismes d'application de la forme juridictionnelle de la justice transitionnelle.

L'utilisation fréquente du concept de la justice transitionnelle a commencé avec la Guerre Froide et poursuivi un chemin parallèle à l'évolution du droit humanitaire. Forysthe affirme que le concept de justice transitionnelle devient un sujet de débat académique à partir des années 1990. D'après lui, premièrement, c'est la défaite des régimes autoritaires en Amérique Latine et ses effets sur cette région qui a déclenché les débats sur les transitions politiques. Deuxièmement, la naissance des opportunités politiques nationales et internationales est devenue possible grâce à la fin du système communiste en Europe⁹. Cependant Sharp souligne que l'émergence de la justice transitionnelle en tant que domaine distinct de la pratique et de la politique ne s'est réalisée qu'à partir des années 2000. Toutefois, il fait référence aussi aux anciennes expériences qui peuvent être envisagées dans le domaine de la justice transitionnelle avant la création du concept au début des années 1990¹⁰. Arthur et Huntington abordent la collaboration du mouvement des droits de l'homme avec le concept de la justice transitionnelle. En premier lieu, Huntington souligne l'exigence universelle pour le respect des droits de l'homme au cours de la Troisième Vague de Démocratisation en termes de justice transitionnelle¹¹. La première vague de démocratisation a eu lieu successivement entre les années 1820 et 1920 aux régions de l'Atlantique du Nord et de l'Europe Centrale, tandis que la seconde vague s'est propagée après la Seconde Guerre Mondiale à l'Ouest de l'Europe. A partir de la fin des années 70 jusqu'au début des années 90, le système démocratique s'est développé dans certaines régions de l'Europe post-communiste et de l'Amérique Latine. Cette diffusion de la démocratie est nommée par Huntington, *Troisième Vague de Démocratisation*. Les débats dans les pays où la troisième vague de démocratisation a eu lieu, se sont déroulés autour des requêtes en matière des droits de l'homme. La

estimera devoir être appliquée. Les puissances alliées et associées adresseront au Gouvernement des Pays-Bas une requête le priant de livrer l'ancien empereur entre leurs mains pour qu'il soit jugé.

<http://mjp.univ-perp.fr/traites/1919versailles3.htm>, consulté le 19.10.2015

⁹ David P. Forsythe, "Human Rights and Mass Atrocities: Revisiting Transitional Justice", *International Studies Review*(2011), p.85

¹⁰ Dustin N. Sharp, "Interrogating the Peripheries: The Preoccupations of Fourth Generation Transitional Justice", *Harvard Human Rights Journal*(2013), Vol.26, p.150-153

¹¹ Samuel P. Huntington, "The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century", *Transitional Justice, How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*(1995), ed. Neil J. Kritz, United States Institute of Peace Press, Washington, p.

plupart de ces réclamations concernant la poursuite des responsables présumés de l'ancien régime, dépend de l'exigence universelle pour le respect des droits de l'homme. D'autre part, Arthur explique en détail l'arrière-plan historique de la conceptualisation de la justice transitionnelle, éloignée de ses origines dans le domaine des droits de l'homme. La justice transitionnelle en tant que domaine, possède ses propres intérêts, instruments et critères indépendamment de son domaine d'origine, les droits de l'homme¹². Les origines historiques qui ont évolué dans le cadre des droits de l'homme, remontent à l'Antiquité grecque sans l'utilisation du terme de justice transitionnelle. Avant d'aborder l'évolution historique du concept de la justice transitionnelle, il faudrait aborder la définition et l'interprétation large du concept.

Panepinto classe les définitions de justice transitionnelle en deux groupes. Dans le premier groupe, figure la définition des organisations centrées sur les mécanismes, tandis que dans le second groupe, figure la définition académique du contenu de la justice transitionnelle¹³.

Les méthodes transitionnelles pendant le changement politique peuvent être restauratrices, répressives, bureaucratiques, constitutionnelles et historiques en pratique. Les méthodes sont toujours spécifiques au contexte. Si bien qu'il n'y a pas de méthode unique pour le processus de justice transitionnelle en raison de plusieurs facteurs comme l'héritage de l'injustice, la culture juridique, la tradition politique et des exigences des conditions politiques, il y a des thèmes communs pour chaque nation qui passe du despotisme à la démocratie¹⁴. Chaque société réagit selon le contexte spécifique qui s'impose dans le processus de justice transitionnelle¹⁵.

Teitel définit le concept de justice transitionnelle et des mécanismes juridiques de la façon suivante :

*« La justice transitionnelle peut être définie comme la conception de la justice associée avec des périodes de changement politique, caractérisée par des réponses juridiques pour faire face aux méfaits des régimes répressifs précédents ».*¹⁶

¹² Paige Arthur, op. cit., p.324

¹³ Alice Panepinto, "Transitional Justice in Islamic Settings: A Preliminary Study", dans *la Justice Transitionnelle*, ed. par. Ahmed F. KHALIFA, Toulouse: Association Internationale de Droit Pénal, 2013, p.104

¹⁴ Neil J. Kritz, op. cit., p. xvi.

¹⁵ Laurel E. Fletcher, Harvey M. Weinstein et Jamie Rowen, "Context, Timing and the Dynamics of Transitional Justice: A Historical Perspective", *Human Rights Quarterly*, Volume 31, Number 1, February 2009, p.209

¹⁶ Ibid., p. 3

Selon Roht-Arriaza, la définition de Teitel est problématique. Alors que Teitel limite le processus de justice transitionnelle par la période de changement politique, Roht-Arriaza conteste cela en déclarant que la période de transition peut durer plus longtemps. De plus, la prééminence des réponses juridiques dans la définition de Teitel est critiquée par Roht-Arriaza en raison de la surévaluation du droit et de la législation. Roht-Arriaza souligne l'ignorance de Teitel sur la justice restauratrice en expliquant le caractère problématique de sa définition.¹⁷

Christine Bell définit la justice transitionnelle comme un domaine établi d'après la pratique pour faire face à des violations passées des droits de l'homme dans les sociétés en transition.¹⁸ Le Centre International pour la Justice Transitionnelle (ICTJ- *International Center for Transitional Justice*), qui est une organisation non-gouvernementale, travaille sur la poursuite des violations des droits de l'homme à travers des mécanismes de justice transitionnelle et se concentre sur les mécanismes diversifiés dans sa définition de la justice transitionnelle :

*« La justice transitionnelle se réfère à l'ensemble des mesures judiciaires et non- judiciaires qui ont été mises en œuvre par les différents pays pour remédier à l'héritage de violations massives des droits de l'homme. Ces mesures comprennent les poursuites pénales, les commissions de vérité, les programmes de réparation, et divers types de réformes institutionnelles. »*¹⁹

Néanmoins la définition la plus concise se trouve dans le rapport intitulé « Rétablissement de l'État de droit et l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit » du Secrétaire Général des Nations-Unies au Conseil de Sécurité daté du 23 Août 2004 :

*[...] les divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions massives commises dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation. Peuvent figurer au nombre de ces processus des mécanismes tant judiciaires que non- judiciaires, avec (le cas échéant) une intervention plus ou moins importante de la communauté internationale, des mesures pénales contre des individus, des indemnisations, des enquêtes visant à établir la vérité, une réforme des institutions, des révocations ou une combinaison de ces mesures.*²⁰

¹⁷ Naomi Roht-Arriaza, "The New Landscape of Transitional Justice", *Transitional Justice in the Twenty-First Century*(2006), ed. par Naomi Roht-Arriaza et Javier Mariezcurrena, Cambridge University Press, p.1

¹⁸ Christine Bell, "Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the "Field" or "Non-Field"", *The International Journal Of Transitional Justice*, Vol.3(2009), p. 5

¹⁹ <http://www.ictj.org/about/transitional-justice>, consulté le 20.12.2014

²⁰ http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/2004/616, consulté le 20.12.2014

Le point commun de toutes les définitions sur ce concept, est la volonté de faire face à des violations des droits de l'homme apparues dans le passé ou autrement dit, il s'agit de savoir comment il faut gérer les traumatismes vécus dans le passé. Dans ce cadre, Ruti Teitel souligne qu'il faut trouver des moyens juridiques face à des violations des droits de l'homme. D'autre part, nous observons les processus des mécanismes non-juridiques qui se trouvent dans les cadres de définitions faites par l'ICTJ et par le Secrétariat Général de l'ONU.

La justice transitionnelle en tant que nouveau domaine des droits de l'homme, vise à analyser les cas antérieurs. En théorie, la question de l'analyse du passé relie plusieurs disciplines comme la philosophie, l'histoire, la religion, l'anthropologie et la psychologie. Pourtant, en pratique, ce sont le droit et la science politique qui saisissent le domaine de la justice transitionnelle.²¹ C'est pour cette raison que nous avons besoin d'une approche holistique afin d'éviter le prisme étroit du droit et de la science politique, autrement dit du débat interdisciplinaire. Néanmoins, l'analyse du passé pose en même temps plusieurs questions juridiques, conceptuelles et pratiques.

Le développement conceptuel de la justice transitionnelle comprend le changement paradigmatique dans les relations internationales. Il faut d'abord essayer d'expliquer ce changement paradigmatique avant de voir comment celui-ci influence le développement du concept de la justice transitionnelle.

Kuhn explique qu'un paradigme « *représente tout l'ensemble de croyances, de valeurs reconnues et de techniques qui sont communes aux membres d'un groupe donné* », le paradigme est utilisé pour décrire des approches théoriques en relations internationales.²² Selon lui, la naissance d'un nouveau paradigme peut être assurée grâce à une révolution scientifique qui est provoquée par le changement d'un autre paradigme. Les changements des paradigmes dans la discipline des relations internationales sont élaborés à travers les discussions épistémologiques et méthodologiques.

Le développement des relations internationales comme une discipline s'est déroulé à travers une série de grands débats depuis la Seconde Guerre Mondiale. Même

²¹ Dustin Sharp, "Addressing Dilemmas of The Global and The Local in Transitional Justice" (15 July 2015), *Emory International Law Review*, p.79

²² Thomas Kuhn, *La Structure des Révolutions Scientifiques* (1983), Flammarion, Paris, p.238

s'il n'y a pas de différence claire entre les étapes des grands débats, ils sont indispensables pour expliquer l'évolution conjoncturelle de la discipline.²³

Le premier grand débat est entre les réalistes et les idéalistes, qui domine la réflexion sur les relations internationales depuis la fin de la Première Guerre Mondiale. Les idéalistes qui font partie de la tradition du libéralisme, soulignent la coopération des Etats sous l'autorité du droit international en assurant la sécurité collective après la Première Guerre Mondiale. Cependant, l'éclatement de la Seconde Guerre Mondiale a conduit au triomphe du réalisme par rapport à l'idéalisme à partir des années 1940. La réflexion des réalistes est basée sur le rôle de la puissance dans la politique internationale et la prépondérance des Etats en tant qu'acteurs principaux en politique internationale n'est pas discutable dans le contexte de la théorie réaliste. De plus l'état d'anarchie dans lequel les Etats essayent de préserver seulement leurs propres intérêts, est considéré comme la déterminante du système international selon l'approche réaliste.²⁴ La prédominance de l'approche réaliste après la Seconde Guerre Mondiale a influencé les tentatives de mécanismes de l'analyse du passé. Malgré cela, l'idée de punir les coupables présumés des violations des droits de l'homme au cours de la guerre a dominé les débats qui peuvent être évalués dans le contexte de la justice transitionnelle. Le contexte sur la justice transitionnelle implique la création des Tribunaux Pénaux de Nuremberg et de Tokyo en tant qu'étape du début de l'évolution moderne du concept de la justice transitionnelle. D'ailleurs la critique de « juridisme » qui fait partie du contexte sur la justice transitionnelle, commence premièrement par les références faites aux Tribunaux Pénaux de la Seconde Guerre Mondiale.

La discussion méthodologique a dominé le second grand débat. L'ajout des méthodes quantitatives à l'étude des relations internationales était l'objet du débat entre les *behavioralistes* et traditionnalistes. Au courant de cette période le réalisme a gardé sa prédominance en dehors des discussions méthodologiques. Dans les années 1960 et 1970, le libéralisme et le marxisme ont commencé à approfondir la théorie des relations internationales autour de l'inclusion de divers acteurs comme les institutions internationales, les individus et les organisations non-gouvernementales. D'ailleurs les théories qui se concentrent sur les relations interdépendantes entre les acteurs internationaux, accordent la priorité aux causes des inégalités dans la politique

²³ Alex Macleod, "Emergence d'un paradigme hégémonique", dir. par Alex Macleod et Dan O'Meara, *Théories des Relations Internationales Contestations et Résistance*(2010), Athéna, Paris, p. 19

²⁴ Dario Battistella, *Théories des Relations Internationales* (2003), Paris, p.112.

internationale, y compris la situation des pays en voie de développement, les violations des droits de l'homme et l'interdépendance complexe. Les demandes de la justice transitionnelle au cours de la Troisième Vague de Démocratisation en Amérique Latine étaient les résultats directs de réflexions sur les nouvelles théories de relations internationales. Ainsi, l'impact de la période de la Détente sur les relations au sein du système bipolaire cause la remise en question des violations des droits de l'homme dans les régimes communistes. Même si le processus de la justice transitionnelle a été dépassé par l'institutionnalisation des divers mécanismes non-juridiques comme les commissions de vérité, les lois d'épuration, les programmes de réparations, l'analyse du passé pose encore plusieurs problèmes juridiques, conceptuels et pratiques.

La multiplication des acteurs internationaux et la transformation du concept de la sécurité dans la politique internationale a remis en cause la singularité des Etats en tant que seuls acteurs rationnels dans les relations internationales. Selon Macleod, le tournant sociologique de la théorie des relations internationales prend en compte des facteurs sociaux comme la culture et les valeurs des sociétés dans le contexte du troisième débat entre les positivistes et les post-positivistes.²⁵ L'évolution conceptuelle de la justice transitionnelle se développe ainsi en direction des changements paradigmatiques des relations internationales. Les débats actuels sur la justice transitionnelle se déroulent à travers des critiques sociologiques des processus techniques et bureaucratiques qui négligent la culture des sociétés remises en question la crédibilité des tentatives des relations internationales. L'exigence d'une approche plus holistique est nécessaire pour la justice transitionnelle autant que pour la discipline des relations internationales.

L'ambiguïté du concept de la justice transitionnelle provient de l'ambiguïté au sein du processus de transition qui provoque des grands débats dans la discipline. Pourtant, l'acceptation du concept commence par la transition vers la démocratie.²⁶ La voie vers la démocratie est considérée comme l'étape classique du changement paradigmatique de la justice transitionnelle. En effet, les Etats passent par divers changements politiques. Nous pouvons donner des exemples sur ces processus de changements politiques comme les révolutions, la restauration, l'indépendance, la modernisation etc. La transition comprend en général des changements de régime

²⁵ Alex Macleod, op. cit., p.21

²⁶ Bronwyn Anne Leebaw, "The Irreconcilable Goals of Transitional Justice", *Human Rights Quarterly*, Volume 30, Number 1, Février 2008, p. 101

politique comme par exemple du capitalisme au socialisme ou du communisme à l'économie de marché ou de l'autoritarisme à la démocratie etc.²⁷ Néanmoins, l'objectif final de la plupart des transitions politiques est de parvenir à la démocratie. En raison de cette quête de démocratie, l'analyse du passé au début des années 1990, était considéré dans le contexte des transitions politiques vers le régime démocratique.

Arthur explique la puissance de la démocratie par quatre conditions : l'objectif d'atteindre la démocratie lors de la transition politique, la délégitimation de la théorie de modernisation, la transformation du concept de la transition et le déclin de la gauche radicale. Atteindre la démocratie était l'aspiration des nations dans le cadre de la transition politique. Les buts complémentaires comme la création de l'économie de marché ont été ignorés afin de parvenir au régime démocratique. Tandis que la théorie de modernisation rattache le développement politique à la modernisation socio-économique à long terme, les négociations entre les élites politiques qui offrent les réformes légales et institutionnelles, contribuent à la transition démocratique à court terme sans attendre le développement économique et social.

Les grandes théories comme la théorie de la dépendance ou la théorie du système-monde, qui visent à évaluer les relations internationales selon les conditions socio-économiques des acteurs, n'expliquent plus les transitions politiques démocratiques sans une réelle évolution socio-économique. La recherche de la transition en matière de changement politique à partir des années 1970, a amené la transformation du concept. La transformation du concept est directement liée aux conditions conjoncturelles de l'époque, nous parlons surtout de la période de la Détente où il s'agit de progrès au sujet de la protection des droits de l'homme, le changement de direction des régimes en Amérique Latine vers la démocratie, la création des organisations des droits de l'homme comme Amnesty International, Médecins sans Frontières, the Helsinki Watch Committees...etc.²⁸. En revanche, Sharp critique l'aspiration à l'économie libérale de marché de l'Ouest au lieu de l'expliquer. Selon lui, l'étape classique du changement paradigmatique de justice transitionnelle aborde la transition d'une manière stricte, elle considère seulement les transitions vers le régime démocratique et elle ne prend pas en compte les transitions économiques.

²⁷ Paige Arthur, op. cit., p.337-339

²⁸ Ibid., p.340

Cependant Posner et Vermeule font la distinction parmi les transitions politiques ; la transition dirigée par les élites politiques de l'ancien régime, la transition forcée par l'opposition, la transition assurée à la fin d'une négociation entre l'opposition et les élites politiques et enfin imposée par une intervention étrangère.²⁹ Ils affirment que le genre de transition affecte le type de justice transitionnelle qui va apparaître. Tandis que la transition dirigée par les élites politiques fournit un processus limité de la justice transitionnelle, les pratiques de la justice transitionnelle orientées à travers des négociations entre l'opposition et les élites politiques, sont plus modérées. Pourtant, quand un mouvement d'opposition ou une intervention étrangère gère la transition, le processus de justice transitionnelle devient important. Ils essayent d'établir une corrélation entre le succès de justice transitionnelle et l'influence des élites politiques.³⁰ La transition du régime politique en Allemagne après la Seconde Guerre Mondiale, qui était provoquée par une intervention étrangère, a causé un processus dur de justice transitionnelle concernant les poursuites judiciaires ainsi que les programmes de réparations en faveur des victimes civiles. En Grèce, le mouvement d'opposition a causé la chute du régime militaire en 1974, les instruments juridiques et non-juridiques comme les indemnisations ou les purges des officiers militaires étaient utilisés pour le processus de transition à la démocratie. Cependant, comme Posner et Vermeule affirment, les mouvements de transition dirigés par les élites politiques suivant les négociations avec les mouvements d'opposition, apportent des méthodes plus prudentes comme par exemple les commissions de vérité dans le cas de l'Afrique du Sud.³¹

L'approche stricte de la démocratie libérale en analysant le passé prend en compte seulement la violence physique, y compris les violations de l'intégrité physique et les droits civils et politiques.³² Il faut aussi et surtout des exigences pour les droits économiques, sociaux et culturels qui appartiennent au second volet des droits de l'homme. Lambatim pense que le droit à la vie comprend aussi bien les droits civils et politiques que les droits économiques, sociaux et culturels en référant à

²⁹ Eric A. Posner et Adrian Vermeule, "Transitional Justice as Ordinary Justice", *Harvard Law Review*, Vol. 117, No. 3 (Jan., 2004), p. 769.

³⁰ Ibid., p.770

³¹ Ibid., p.773-777

³² Dustin N. Sharp, "Interrogating the Peripheries: The Preoccupations of Fourth Generation Transitional Justice"..., p.149

l'Article 3 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme.³³ De plus, elle s'étend sur les causes d'origine des conflits inter-africains comme l'accès équitable aux ressources disponibles.³⁴ Malgré l'existence des divers mécanismes de justice transitionnelle dans le cas du Rwanda, la transformation politique n'engendre pas directement une transition démocratique au Rwanda. Tandis que la communauté rwandaise a essayé de juger les coupables des violations des droits de l'homme, la création du Tribunal Pénal International de Rwanda(TPIR) par l'ONU et la transformation des tribunaux régionaux, les tribunaux Gacaca comme un instrument pour juger les crimes liés au génocide rwandais n'assurent pas la transition au régime démocratique ou le changement du régime politique. Elles ont contribué à la transformation politique du Rwanda à la lumière de l'établissement de la vérité par les tribunaux nationaux et internationaux. Ainsi il n'y pas un processus de transition démocratique au Tchad, en Ouganda mais il y a seulement un changement de pouvoir du régime ethno-centré en Côte d'Ivoire.³⁵

La justice transitionnelle n'est pas limitée aux régimes modernes ou démocratiques. Cette confusion conceptuelle peut être mieux expliquée par le changement paradigmatique du concept de la justice transitionnelle. L'internationalisation du concept avec la création des organisations régionales et internationales au début des années 1990, a apporté un changement paradigmatique.³⁶ Le changement paradigmatique influence aussi le changement conceptuel de la justice transitionnelle dans la discipline de relations internationales.

Les conflits du début des années 1990, ont mis l'intervention armée au premier plan. Les conflits comme la Guerre du Golfe, la Guerre de Bosnie, les diverses guerres intra-étatiques et interétatiques en Afrique, la Guerre du Kosovo déclenchent l'un des grands débats de la discipline, la souveraineté nationale contre l'intervention armée. Par ce grand débat, plusieurs concepts deviennent les objets des relations internationales à partir des années 1990, y compris le maintien de la paix, la

³³ Article 3 de la Déclaration des Droits de l'Homme : Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne.

³⁴ Hélène Lambatim, "Justice Transitionnelle et Droits Economiques, Sociaux et Culturelles », *La Justice Transitionnelle : Une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable*(2000), Conference Paper 1/2011 Dealing with the Past Series, Berne, p.43-44

³⁵ Dustin N. Sharp, "Emancipating Transitional Justice from The Bonds of The Paradigmatic Transition"(2015), *International Journal of Transitional Justice*, 9, p.156

³⁶ Dustin N. Sharp(2013), "Beyond the Post-Conflict Checklist: Linking Peacebuilding and Transitional Justice through the Lens of Critique", *Chicago Journal of International Law*, Vol.14, No.1, Article 6, p. 177

consolidation de la paix, l'établissement de la paix, l'intervention humanitaire, la responsabilité de protéger (R2P) et finalement la résolution de conflit.

Cependant le processus de transition à la paix représente l'étape moderne du changement paradigmatique de la justice transitionnelle dans le contexte de la consolidation et du maintien de la paix. Aujourd'hui, le concept de justice transitionnelle est utilisé en général pour indiquer les efforts de la réparation du passé après les guerres. Selon Sharp, la justice transitionnelle devient l'un des principes *sine qua non* de la situation post-conflit. Le second paradigme de la justice transitionnelle a besoin d'une approche plus holistique que la transition à la démocratie parce que la situation post-conflit doit construire l'établissement et la consolidation de la paix simultanément avec la réconciliation nationale. Mani définit cette approche holistique à travers un système de trois piliers dans le contexte de la justice restauratrice ; la reconstruction de l'Etat de droit via les réformes policières et judiciaires, le jugement des violations des droits de l'homme par les tribunaux, par les commissions de vérité, et finalement les mécanismes de réparation et la réparation des inégalités et des injustices en général.³⁷ C'est pourquoi la mise en considération des conditions politiques dans les processus de changement des régimes n'observe pas les origines des problèmes de post-conflit, d'où nous parlons de la réconciliation nationale, de la reconstruction et de la stigmatisation etc. L'évolution normative du concept à travers les changements paradigmatiques des relations internationales fournit l'élargissement du domaine de la pratique de la justice transitionnelle.

L'objectif principal de la justice transitionnelle comme nous le voyons dans toutes les définitions, est le combat contre l'immunité des personnes présumées responsables des violations des droits de l'homme. Pourtant l'impact collatéral de la justice transitionnelle doit être d'assurer la paix et la réconciliation collective. La conciliation de la recherche de la paix et de la justice provoque un dilemme conceptuel. Kofi Annan, ancien Secrétaire Général de l'ONU, accentue le dilemme conceptuel dans son discours à New York devant le Conseil de Sécurité le 24 septembre 2003 :

« La recherche inexorable de la justice peut parfois constituer un obstacle à la paix...Dans certains cas, il nous faudra peut-être accepter une justice quelque peu imparfaite...Parfois aussi, nous devons peut être accepter, pour le court terme, un certain niveau de risque pour la paix, en espérant

³⁷ Rosemary Nagy, « Transitional Justice as Global Project: critical reflections », *Third World Quarterly*, Vol. 29, No. 2, 2008, p.277

ainsi mieux garantir cette paix pour le long terme... il ne saurait y avoir de véritable paix sans justice...la justice est à la base de la paix véritable ...»³⁸

De plus, le dilemme conceptuel fait penser en même temps à une complémentarité possible.³⁹ Dans le rapport de l'ONU en 2004 Kofi Annan explique cette complémentarité :

« La justice et la paix ne sont pas des objectifs antagonistes ; au contraire, convenablement mises en œuvre, elles se renforcent l'une l'autre. La question n'est donc en aucun cas de savoir s'il convient de promouvoir la justice et d'établir les responsabilités, mais bien de décider quand et comment le faire. »⁴⁰

Il y a des idées contradictoires sur ce dilemme conceptuel. D'une part, il existe ceux qui considèrent que la paix n'est pas possible sans la justice et d'autre part, il y a ceux qui acceptent la justice comme une menace à la paix. Si nous acceptons la première idée comme la réflexion des idéalistes, dans ce cas la deuxième idée reflète celle des réalistes. Issa classe ces diverses idées en trois groupes. Dans le premier groupe, figure la position des réalistes, qui défendent la prééminence de l'établissement de la paix au détriment de la justice. Toutefois, il existe plusieurs exemples de processus de justice transitionnelle comme le cas de l'Irlande du Nord, de l'Afrique du Sud, où les poursuites ou les jugements des criminels ne se réalisent pas. L'impossibilité de la paix sans justice n'est pas alors complètement correcte. Issa explique les raisons envisageables par les réalistes sur ce sujet. Selon eux, l'exécution de la justice pénale provoque le risque d'accélération du conflit au lieu de l'apaisement comme dans le cas de l'Ex-Yougoslavie. D'ailleurs, l'aboutissement des négociations de paix dans la recherche de la justice, reflète la position des réalistes sur ce sujet.

Dans le deuxième groupe, Issa déclare la position des idéalistes qui est basée sur la priorité de la justice en faisant référence à leurs arguments. Quand le caractère dissuasif de la justice empêche la réapparition des crimes, l'individualisation de la culpabilité avec l'assignation des responsabilités individuelles contribue à la réconciliation nationale et à la connaissance de la réalité de ce qui s'est passé dans le passé.

³⁸ Fehima Issa, « Pour un Dépassement de la Dichotomie Paix ou Justice », *La Justice Transitionnelle*(2013), No.24, La Rochelle, p.18.

³⁹ Maurice Kamto, "Les Enjeux de la Justice et de la Paix dans les Situations de Conflit et Post-Conflit", Conference Paper 1/2011, Dealing with Past Series

⁴⁰ Rapport du Secrétaire général de l'ONU, Rétablissement de l'Etat de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, S/2004/616 du 23 août 2004, par.21.

Enfin Issa met en évidence que la paix et la justice sont les objectifs complémentaires du processus de justice transitionnelle.⁴¹ La priorisation de ces deux concepts est presque impossible parce que ni l'approche consensuelle ni l'approche séquentielle ne résolvent le dilemme conceptuel. Comme chaque société agit selon le contexte dans le processus de la justice transitionnelle, la recherche de la paix et de la justice dépend également des dynamiques internes et externes des sociétés en question.⁴² Pour que les objectifs finaux soient la paix et la justice, les étapes indispensables sont la prévention de la répétition des crimes de masse, la réparation en faveur des victimes, l'intérêt vers les groupes les plus défavorisés comme les femmes et les enfants ainsi que la mise en place de la vérité.⁴³ Les buts montrent qu'il y a beaucoup d'intérêts interdépendants et c'est pourquoi il faut une approche holistique aux processus de la justice transitionnelle. Les buts combinés de la justice transitionnelle sont rétrospectifs et prospectifs. D'une part, la sanction est rétrospective avec un but répressif, d'autre part, elle peut envisager le renouvellement de l'Etat de droit avec un but restaurateur et prospectif.⁴⁴

L'évolution du concept de la justice transitionnelle se développe parallèlement aux changements paradigmatiques des relations internationales. Alors que la généralisation de l'utilisation du concept de la justice transitionnelle provient des années 1980, la justice transitionnelle démocratique est aussi ancienne que la démocratie.⁴⁵ Malgré la longue histoire du concept de la justice transitionnelle, son développement conceptuel s'est réalisé à travers l'évolution contextuelle du droit et des relations internationales.

Les efforts de la création des mécanismes pour établir la responsabilité étatique ou individuelle après la Seconde Guerre Mondiale, ont apporté l'instauration de l'une des plus importantes sources de référence dans le domaine, les Tribunaux Pénaux Internationaux de Nuremberg et de Tokyo. Le choix des mécanismes juridiques peut être expliqué par l'extrême violence de la Seconde Guerre Mondiale. D'ailleurs, le contenu des crimes de masse s'est élargi par l'adoption de la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide en 1948 juste après la guerre.

⁴¹ Fehima Issa, op. cit., p.18-21.

⁴² Pierre Hazan, "Les Dilemmes de la Justice Transitionnelle", *Mouvements*, 2008/1, no.53, p.46.

⁴³ David P. Forsythe, op. cit., p.86.

⁴⁴ Ruti Teitel, *Transitional Justice*(2000)..., p.27.

⁴⁵ Jon Elster, *Closing the Books Transitional Justice in Historical Perspective*(2004), Cambridge University Press, New York, p.3.

Auparavant le génocide avait été considéré dans le contexte des crimes contre l'humanité dans le Statut du Tribunal Pénal International de Nuremberg. Les Tribunaux Pénaux de l'après-guerre sont aussi considérés comme une étape dans l'évolution du droit humanitaire. Pourtant, durant la Guerre Froide (1947-1989), les efforts dans le contexte du droit humanitaire étaient tellement limités qu'il était impossible de parler du concept de justice transitionnelle.

La dissolution de l'URSS en 1990 a suivi les processus de démocratisation en Amérique Latine dans les années 1980. La thèse de Fukuyama sur la « fin de l'Histoire » souligne l'hypothèse que la démocratie libérale est désormais le seul courant dominant dans le monde après la défaite de l'URSS, les chutes des dictatures en Amérique Latine etc. Ainsi la conceptualisation de la justice transitionnelle commença à se développer. Le premier paradigme du concept, la transition à la démocratie gagne de l'importance simultanément avec les droits de l'homme en tant que partie intégrante du domaine. La réparation du passé est devenue une condition préalable du processus de démocratisation pour que l'avenir de la société en question puisse être pacifique et non-violente après plusieurs années de graves violations des droits de l'homme. Aujourd'hui, la question concernant la justice transitionnelle n'est plus de savoir s'il faut guérir les événements du passé ou pas, mais plutôt de déterminer le choix du moment de la réparation, ses instruments et son contexte. Après 1990, la transformation du concept de la justice transitionnelle en voie de démocratisation, qui a été construite indépendamment de la période post-conflit, a fourni l'enrichissement du concept. La stabilisation du concept sur le plan international suscite plusieurs débats normatifs accompagnés de développements dans les domaines du droit, des relations internationales et de la science politique. En prenant en considération l'évolution du concept, nous allons examiner la généalogie du concept par rapport aux développements dans les relations internationales.

Chapitre I : La généalogie de la justice transitionnelle

La généalogie est une notion élaborée dans le domaine de la justice transitionnelle par Teitel pour expliquer l'histoire intellectuelle de celle-ci. L'histoire intellectuelle du concept recouvre le processus commençant à la fin de la Seconde Guerre Mondiale. Autrement dit le point de départ dans la classification de Teitel, est l'internationalisation post-conflictuelle de ce concept par les décisions du Tribunal de

Nuremberg et celui de Tokyo. Ensuite, la fin de la Guerre Froide constitue un point de départ de la deuxième étape dans la généalogie du concept, d'après laquelle les processus de transition démocratique ont été accomplis en Amérique Latine et en Europe de l'Est. Enfin, Teitel propose une étape où le concept de justice transitionnelle est stabilisé à l'échelle mondiale.⁴⁶ Elle affirme qu'il y a un lien étroit entre le type de justice poursuivi et la conjoncture internationale.⁴⁷

La justice transitionnelle est basée sur deux critères dans la première étape de la période suivant la Seconde Guerre Mondiale, le remplacement de la justice nationale par la justice internationale et le remplacement de la responsabilité collective par la responsabilité individuelle. L'importance de ces deux critères peut être expliquée par l'échec des jugements après la Première Guerre Mondiale, qui a été considéré comme l'une des causes principales de l'éclatement de la Seconde Guerre Mondiale.

La justice pénale constitue l'Etat de droit par l'intermédiaire de la sanction en transition politique, comme celle du procès de Nuremberg après la Seconde Guerre Mondiale. Selon Teitel, la communauté internationale essaie de surmonter les dilemmes de la justice pénale en transition politique par l'intermédiaire de la justice pénale internationale. C'est pourquoi Teitel affirme que la justice pénale internationale est acceptée comme une solution pour surmonter les insuffisances de la justice pénale nationale. Cela est expliqué par le caractère politisé de la jurisprudence pénale nationale comme le procès d'Eichmann en Israël.⁴⁸ La condamnation à mort d'Eichmann en tant que chef de la section des affaires juives de la Gestapo pour les crimes contre le peuple juif et les crimes contre l'humanité était la seule fois dans l'histoire de l'Etat d'Israël que la peine capitale fut appliquée en date du 1^{er} Juin 1962. Le jugement d'Eichmann a été critiqué du point de vue de la justice politique.

Eichmann a été enlevé en Argentine par Israël, en mai 1960. Les allégations de la justice politique concernant le procès d'Eichmann se sont intensifiées au sujet de la compétence juridictionnelle des tribunaux israéliens et de son jugement dans une cage en verre. Ben Gourion, Premier Ministre de l'époque, qui a déclaré, le 23 mai 1960, qu'à l'origine de cet enlèvement se trouvait des volontaires civils et non pas les services de sécurité israélienne, a exprimé ses regrets concernant l'opération de

⁴⁶ Ruti G. Teitel, *Globalizing Transitional Justice Contemporary Essays...*, p.49

⁴⁷ Ibid. , p.50

⁴⁸ Ruti Teitel, *Transitional Justice*(2000)..., p. 33-34

récupération d'Eichmann portant « atteinte à la souveraineté argentine »⁴⁹. Il a tout de même souligné l'importance de traduire en justice l'homme responsable des crimes commis contre le peuple juif. Par ailleurs, le conseiller d'Eichmann, le Dr. Servatius a soutenu que la récupération d'Eichmann par les services de sécurité israéliens en Argentine était une violation du droit international en matière de la souveraineté et de la juridiction territoriales⁵⁰. La seconde objection de la défense portait sur l'impartialité des juges israéliens en raison des conditions émotionnelles et politiques du procès. Pourtant, l'acceptation de cette objection de la défense aurait empêché le jugement des criminels de guerre puisque le principe du jugement des criminels de guerre sur les lieux des crimes ou des victimes est prévu par la Déclaration de Moscou en 1943⁵¹. Troisièmement, la Défense a eu recours aux allégations concernant la compétence juridictionnelle du Tribunal israélien sur les crimes commis contre le peuple juif pendant la Deuxième Guerre Mondiale. Selon lui, en raison de l'inexistence de l'Etat d'Israël à l'époque, les tribunaux israéliens n'avaient pas de compétences juridictionnelles sur Eichmann. Face à cette allégation de la Défense, la Cour a exprimé l'universalité de compétences sur les crimes de guerre et le droit de la nation victime à juger les responsables présumés de crimes⁵².

La responsabilité pénale est conceptualisée différemment dans le domaine de la justice pénale internationale au cours du procès de Nuremberg. La responsabilité pénale individuelle a été établie pour la première fois par le procès de Nuremberg car le tribunal n'a pas accepté les défenses traditionnelles s'appuyant sur l'obéissance aux supérieurs, ce qui avait auparavant arrêté les enquêtes.⁵³ L'enrichissement du concept par la responsabilité pénale individuelle a transformé la structure de la justice pénale internationale.

Teitel pense que la prééminence de la responsabilité individuelle dans le cadre de la justice pénale internationale dans la première phase de l'après-conflit, provient des demandes des Alliés afin de justifier et de légitimer leur intervention.⁵⁴ Nous

⁴⁹ Document S/4342 de l'ONU le 21 juin 1960, Lettre en date du 21 Juin 1960 adressée au Président du Conseil de Sécurité par le Représentant permanent d'Israël, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=s/4342&referer=http://www.un.org/en/documents/index.html&Lang=F, consulté le 15.03.2016

⁵⁰ Leslie Green, "Aspects juridiques du procès Eichmann", *Annuaire français de droit international*, volume 9, 1963, p.151

⁵¹ Ibid., p.158-159

⁵² Matthew Lippman, "The Trial of Adolf Eichmann and the Protection of Universal Human Rights under International Law", *Houston Journal of International Law*, Vol. 5, Autumn 1982, No:1, p.19-22

⁵³ Ruti Teitel, *Transitional Justice*(2000)..., p. 34

⁵⁴ Ruti G. Teitel, *Globalizing Transitional Justice Contemporary Essays*,..., p.52

pouvons dire qu'il existe une sélection politique après la Seconde Guerre Mondiale parallèlement aux efforts de justice transitionnelle. De plus, le choix dans le domaine politique peut être justifié aussi par la suspension pure et simple des demandes de justice transitionnelle au cours de la Guerre Froide. D'une part, Teitel explique cet arrêt par l'équilibre politique du système bipolaire.⁵⁵ Le choix politique est aussi important que les conditions systémiques de la phase historique. Cependant, la deuxième phase de la justice transitionnelle, dont le point de départ est la fin de la Guerre Froide, est basée sur les processus de transitions politiques après la chute des régimes répressifs comme en Argentine ou en Afrique du Sud. La deuxième phase coïncide avec la Troisième Vague de Démocratisation et l'exigence universelle des droits de l'homme. C'est pourquoi dans la deuxième phase les types de mécanismes de justice transitionnelle sont directement liés au changement systémique et conceptuel dans les relations internationales durant la période de l'après-Guerre Froide.

La fin du système bipolaire marquée par la dissolution de l'URSS a augmenté l'aspiration vers la démocratie dans le monde entier. La plupart des transitions démocratiques qui sont conceptualisées par Huntington comme la Troisième Vague de Démocratisation, sont apparus en Amérique Latine et en Europe de l'Est. Ces transitions politiques comprennent des changements de régime comme en Europe de l'Est ainsi que des renversements de régimes autoritaires comme en Amérique Latine.

La seconde phase est différente de l'après Seconde Guerre Mondiale dans le sens du but conceptuel et du choix instrumental. Des mécanismes restaurateurs comme les commissions de vérité ou les amnisties ont été utilisés pour la réhabilitation de la société comme en Afrique du Sud, en Argentine ou au Chili. Autrement dit, l'approche étatique et systémique du processus de justice transitionnelle dans la première phase, a été souvent abandonnée en faveur d'une approche par la société civile. En outre, l'approche dans la seconde phase est concentrée plus sur les victimes que sur l'équilibre systémique. Les contextes politiques dans les deux phases différentes sont si importants que les priorités du peuple peuvent être mises à l'écart.

A la suite de la Seconde Guerre Mondiale, la communauté internationale s'est orientée vers l'équilibre du système car la brutalité de la guerre en Europe a exigé des mécanismes plus répressifs pour que l'équilibre des puissances soit assuré de nouveau

⁵⁵ Ibid., p.50

à l'échelle mondiale. Néanmoins, l'équilibre des puissances qui a été considéré comme le meilleur mécanisme de la régulation des désordres internationaux à l'époque, était plus indispensable dans les conditions politiques de la Guerre Froide, déclenchée juste au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale. L'atmosphère politique du système bipolaire est basée sur l'idée de la pénalisation des responsables présumés de la détérioration de l'équilibre des puissances plus que l'idée de guérir les traumatismes du passé d'une manière politique, sociologique et économique. Mais la seconde phase dans la généalogie qui trouve ses origines dans les années 1970, coïncide avec la période de la Détente dans laquelle les Etats-Unis et l'URSS ont décidé d'améliorer petit à petit leurs relations diplomatiques. Les détente politiques et idéologiques dans la seconde phase, intervenues à partir des années 1970, assurent la diffusion de la démocratie au sud de l'Europe et en Amérique Latine. Cependant, les demandes des processus de démocratisation, autrement dit de transitions politiques démocratiques, sont concentrées plus sur la réparation du passé, la réconciliation nationale, la réhabilitation socio-économique, l'établissement de la vérité que sur la formation de l'équilibre systémique. Ainsi, l'exigence universelle des droits de l'homme au cours de la Troisième Vague de Démocratisation a donné la priorité aux individus, l'individu étant devenu l'objet des débats à travers les changements structurels et normatifs dans la conception de la sécurité. D'une part, les relations entre l'Etat et l'individu se développent en faveur de la sécurité humaine à l'échelle mondiale. D'autre part, la plupart des transitions politiques dans les pays au cours de la seconde phase, qui sont des régimes autoritaires ou militaires en général, s'est concentrée sur la réconciliation et la cohabitation. Le but essentiel dans la seconde phase est l'adaptation de la nation à la transition démocratique.

Teitel ajoute à la deuxième phase la non-rétroactivité de la loi, le conflit avec les lois en vigueur, le problème de la sélectivité et le compromis judiciaire comme les dilemmes de l'Etat de droit en transition politique, les notions qui peuvent influencer les choix des mécanismes restaurateurs.⁵⁶ Le but principal de la période de l'après Guerre, est d'empêcher l'impunité de l'Etat. Cela est étendu avec l'approche en faveur de la victime de la seconde phase dont le désir est de parvenir à la réconciliation nationale en reconstruisant la vérité. Ainsi la dichotomie entre la paix et la justice commence à dominer les débats académiques dans la période de l'après-Guerre Froide.

⁵⁶ Ruti G. Teitel, *Globalizing Transitional Justice Contemporary Essays, ...*, p.55.

Pourtant nous ne parlons pas d'une disparition de la recherche de justice contrairement au processus de la justice transitionnelle qui se diffuse aux niveaux internationaux, nationaux et locaux. Le contenu du concept de la justice transitionnelle s'élargit à chaque étape à la suite de changements normatifs dans la discipline des relations internationales.

Grâce à l'émergence de nouveaux concepts dans les relations internationales avec la transition vers l'âge de la post-modernité et grâce aux développements dans le droit humanitaire, les changements paradigmatiques de la justice transitionnelle s'intensifient. La transformation de l'étape classique du changement paradigmatique, la transition vers la démocratie en transition post-conflit ne signifie que l'expansion du domaine de l'influence pour la justice transitionnelle. Cette stabilisation du concept de la justice transitionnelle sur le plan international est considérée par Teitel comme la troisième phase de la généalogie.

La transformation des types de menaces renouvelle le contexte dans lequel la justice transitionnelle prend sa place à la troisième phase. La fragmentation politique, les Etats défaillants et les conflits gelés sont considérés comme les principales menaces dans cette phase. D'un certain point de vue l'enrichissement de la jurisprudence transitionnelle à travers la création d'une Cour Pénale Internationale permanente, avec la contribution des Tribunaux Pénaux Internationaux ad-hoc, TPIY (Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie) et TPIR (Tribunal Pénal International pour le Rwanda) renforce sur le plan international le concept de la justice transitionnelle. Dans la phase de la stabilisation du concept de la justice transitionnelle Bell affirme que le processus de justice transitionnelle n'est pas une exception, c'est une transition obligatoire en voie vers une paix démocratique.⁵⁷ En outre, le débat au sujet de la justice transitionnelle n'est pas limité aux Etats en voie de démocratisation, les démocraties libérales consolidées sont aussi critiquées à cause des violations des droit

⁵⁷ Christine Bell, Colm Campbell et Fionnuala Ni Aolain, "Transitional Justice (Re)conceptualising the Field", *International Journal of Law in Context*, 3, 2, 2007, p.86.

de l'homme, la France dans la guerre d'Algérie⁵⁸ ou plus récemment les Etats-Unis au camp de Guantanamo de Cuba⁵⁹ et à la prison d'Abou Ghraib en Iraq⁶⁰.

La dernière phase de la stabilisation du concept, peut être considérée comme l'application d'une approche holistique avec la création d'une Cour Pénale Internationale permanente et les mécanismes alternatifs non- juridiques. L'affirmation de Sharp sur le caractère cumulatif des phases de Teitel se justifie en prenant en considération la dernière phase. Nous pouvons parler d'une évolution linéaire du contenu de la justice transitionnelle en trois phases conformes aux changements des concepts dans les relations internationales, particulièrement en ce qui concerne le concept de la sécurité.

La fin du monde bipolaire après la Guerre Froide provoque l'apparition de nouvelles menaces en même temps que l'accélération des risques. Néanmoins, le concept de la sécurité subit un changement paradigmatique par l'élargissement et par l'approfondissement de son contenu. La sécurité n'est plus définie en termes d'intérêts politiques et nationaux, il faut également prendre en considération la justice, la morale et les normes. Selon Rothschild, l'expansion du contenu de la sécurité peut se réaliser en quatre directions. Premièrement, elle va « vers le bas » de la nation aux individus. Ensuite, le concept de la sécurité des nations se transforme en sécurité du système supranational, elle remonte « vers le haut ». Les nouvelles menaces sont considérées désormais comme les problèmes de la communauté internationale. L'expansion horizontale du concept de la sécurité signifie l'enrichissement de ses domaines où l'on passe aussi du militaire au politique, à l'économie, au social et enfin à la sécurité humaine. Dernièrement, le contenu de la sécurité s'élargit de manière à ce que les

⁵⁸ David P. Forsythe, op. cit., p. 90

⁵⁹ Le camp de Guantanamo: Guantánamo est une baie au sud-est de Cuba. A l'entrée de la baie se trouve une base navale américaine, une enclave de 120 km² sur l'île communiste. Guantánamo s'est fait connaître après les attentats du 11 septembre 2001 et depuis les opérations de guerre menées en Irak et en Afghanistan. En 2002, une prison militaire a été installée sur le site. Les Américains y ont envoyé des prisonniers accusés de faire partie de groupes terroristes islamistes, des hommes qualifiés de "combattants illégaux", <http://www.franceinfo.fr/emission/exploquez-nous/2014-2015/exploquez-nous-guantanamo-03-04-2015-08-56>, consulté le 15.03.2016

⁶⁰ La prison d'Abou Ghraib: La prison centrale de Bagdad est nommée Abou Gharib, elle a été ouverte par les autorités Irakiennes dans les années 1960. Le régime de Saddam Hussein a utilisé la prison comme un lieu de détention, de torture et d'exécution de prisonniers politiques à partir des années 1980 jusqu'à sa fermeture à l'automne 2002. En 2003, les Etats-Unis l'ont utilisé en tant que « Bagdad Detention Center ». Les images montrant des détenus irakiens torturés et humiliés par des militaires américains en 2014 ont causé la crédibilité des Etats-Unis en matière de la protection des droits de l'homme. Enfin la prison était fermée en 2014 par le gouvernement Irakien.

zones de responsabilités augmentent, les acteurs responsables se diversifient.⁶¹ Nous abandonnons déjà l'approche concentrée sur l'Etat de la sécurité, basée sur le principe de l'usage légitime de la force. L'expansion horizontale nécessite la contribution des acteurs appartenant à chaque niveau de la société, aussi la sécurité humaine n'est plus liée directement à la sécurité de l'Etat.⁶² Cela s'explique par les nouvelles menaces de l'époque envers les individus et générées par l'Etat lui-même pendant une guerre civile ou par un régime autoritaire. La sécurité humaine en tant que but primordial du processus de justice transitionnelle joue un rôle important dans l'explication de la classification des phases de la généalogie du concept de Teitel.

Si nous tenons compte de la critique de Sharp au sujet de la généalogie de la justice transitionnelle qui provient de l'absence des droits sociaux et économiques dans le processus, nous pouvons voir qu'il critique Teitel d'autant plus sur la sécurité économique. Autrement dit, les droits de la deuxième génération ne sont pas si importants jusqu'à la dernière phase. Ainsi, Sharp propose une quatrième phase dans la généalogie de Teitel après la stabilisation du concept sur le plan international. D'après lui, il y a encore des points aveugles dans le processus de justice transitionnelle parce que le contenu du concept dépend de la perception politique traditionnelle de la communauté internationale. La quatrième phase proposée, devait contenir les sujets périphériques de la justice transitionnelle qui sont négligés même par l'ONU. Selon Sharp la non-séparation des droits économiques, sociaux et culturels des droits civils et politiques n'est pas prise en considération. C'est pourquoi les acteurs dans le processus de justice transitionnelle continuent à privilégier les droits de la première génération. Sharp souligne également que la domination dans les relations internationales de l'approche stato-centrée se focalise sur les victimes individuelles, entraînant ainsi l'ignorance des droits des groupes et des communautés. De plus, Sharp met l'accent sur le choix du processus technocratique et juridique au lieu d'un déroulement politique contextuel en donnant la priorité aux pratiques locales et aux normes culturelles. Au total, la quatrième phase doit se baser sur les déficits du concept de justice transitionnelle en théorie et pratique.⁶³ Si nous considérons les

⁶¹ Emma Rothschild, "What is Security?", *Daedalus*, Vol.124, No.3, The Quest for World Order(Summer 1995), p.55.

⁶² Florence Basti, "La sécurité Humaine: Un Renversement Conceptuel pour les Relations Internationales", *Raisons Politiques*, 2008/4, No:32, p.41.

⁶³ Dustin N. Sharp, "Interrogating the Peripheries: The Preoccupations of Fourth Generation Transitional Justice"..., p.157.

phases de Teitel comme des étapes cumulatives, la phase proposée par Sharp joue un rôle complémentaire en y ajoutant les exigences de l'époque post-moderne. Cependant, elle peut aussi être annexée à la phase de stabilisation dans la généalogie de Teitel, sans former une phase distincte.

Quant au concept de justice transitionnelle, nous estimons que la généalogie de Teitel enrichit les contributions de Sharp à la dernière phase de la stabilisation. Dans la première phase de la justice transitionnelle, les Tribunaux Pénaux de Nuremberg et Tokyo qui ont été fondés au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, ont contribué à l'évolution du concept. La deuxième phase de la généalogie qui est consacrée aux événements d'après-Guerre Froide, examine les efforts de la justice transitionnelle par rapport aux changements systémiques et conceptuels dans le monde. Finalement, dans la dernière phase, nous analysons la stabilisation du concept sur le plan international en considérant les critiques sur le développement conceptuel.

Section I : Au lendemain de la Deuxième Guerre Mondiale

Après la Première Guerre Mondiale, l'exigence de la justice renforce l'idée que le crime ne devait jamais rester impuni. C'est pourquoi l'Article 227 de la Partie VII de Sanctions du Traité de Versailles, signé le 28 Juin 1919 entre l'Allemagne et les Alliés après la Première Guerre Mondiale, a été consacré au jugement de Guillaume II de Hohenzollern, ex-empereur d'Allemagne :

« Les puissances alliées et associées mettent en accusation publique Guillaume II de Hohenzollern, ex-empereur d'Allemagne, pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités. Un tribunal spécial sera constitué pour juger l'accusé en lui assurant les garanties essentielles du droit de défense. Il sera composé de cinq juges, nommés par chacune des cinq puissances suivantes, à savoir les États-Unis d'Amérique, la Grande-Bretagne, la France, l'Italie et le Japon. Le tribunal devra juger l'accusé à travers des motifs inspirés des principes les plus élevés de la politique entre les nations avec le souci d'assurer le respect des obligations solennelles et des engagements internationaux ainsi que de la morale internationale. Il lui appartiendra de déterminer la peine qu'il estimera comme la punition nécessaire. Les puissances alliées et associées adresseront au Gouvernement des Pays-

*Bas une requête le priant de livrer l'ancien empereur entre leurs mains pour qu'il soit jugé. »*⁶⁴

En raison du refus de livraison de l'ex-empereur par les Pays-Bas, seulement 21 officiers allemands ont été jugés par la Cour suprême allemande à Leipzig. La Cour Internationale, envisagée par le Traité de Versailles, n'a eu la chance de juger ni le Kaiser ni les 21.000 personnes accusées pour les crimes de guerre commis pendant la guerre.⁶⁵ Néanmoins, pour la première fois, un chef d'Etat a été rendu responsable sur le plan international. D'ailleurs les actes commis contre les lois et les coutumes de la guerre avec les offenses suprêmes contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités ont apporté la responsabilité auprès d'une autorité internationale⁶⁶. En effet, la compétence internationale de la Cour sur l'aspect territorial, personnel et réel a provoqué un débat juridique parmi les juristes. De plus, la formation de la Cour a entraîné des problèmes techniques parmi les parties qui considéraient que la cour devait être créée par une convention internationale et ces parties étaient pour l'établissement d'une chambre spéciale aussi au sein de la Cour Permanente de Justice Internationale, l'organe judiciaire de la Société des Nations⁶⁷. Cependant, les difficultés techniques ainsi que les hésitations de la communauté internationale ont empêché la création d'une Cour internationale juste après la Première Guerre Mondiale. Malgré les efforts du Conseil de la Société des Nations et des institutions scientifiques comme l'Association de Droit International et l'Association de Droit Pénal, concernant l'adoption d'un traité prévoyant l'établissement d'une cour pénale internationale, malheureusement la proposition d'un tel traité n'a pas réussi à atteindre un nombre suffisant pour sa ratification⁶⁸. Les mêmes genres d'hésitations de la communauté internationale ont provoqué la création des Tribunaux Pénaux *ad hoc* après la Seconde Guerre Mondiale contrairement à ce qui s'est passé après la Première Guerre Mondiale. L'idée de créer un tribunal pénal international n'est donc pas née juste après la Seconde Guerre Mondiale, il y a eu plusieurs efforts dans ce but dès la

⁶⁴ <http://www.herodote.net/Textes/tVersailles1919.pdf>, le Date d'Accès: 15 Décembre 2015

⁶⁵ Jean-Paul Bazelaire et Thierry Cretin, *La Justice Pénale Internationale(2000)*, Presses Universitaires de France, Paris, p.14-15

⁶⁶ Karine Lescure, *Le Tribunal Pénal International Pour l'Ex-Yougoslavie(1994)*, Etudes internationales, Montchrestien, p.22

⁶⁷ Ibid., p.18

⁶⁸ William H. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court (2011)*, Cambridge University Press, Cambridge, p.5

fin de la Première Guerre Mondiale. C'est pourquoi les Alliés ont pu insister sur le jugement des criminels de guerre durant tout le conflit.

Le 25 Octobre 1941 le Premier Ministre britannique Churchill a souligné l'importance de la rétribution de pénalisation des crimes internationaux comme un objectif important de la guerre. Dans ce cadre, les Alliés ont créé les bases d'un mécanisme international en faisant référence aux crimes internationaux dans la Déclaration du Palais de St. James⁶⁹, signée à Londres le 12 Juin 1941⁷⁰. Particulièrement la Commission d'enquête de l'ONU sur les crimes de guerre a été créée le 20 Octobre 1943. Les trois grandes puissances, les Etats-Unis, l'URSS et la Grande-Bretagne ont été d'accord pour que soient jugés et punis les responsables de crimes de guerre aux conférences de Moscou et Téhéran en 1943⁷¹. Enfin, le Tribunal Pénal Militaire International a été établi par les accords de Londres le 8 Août 1945 avec une Charte annexée.

Telford Taylor, le procureur du Tribunal de Nuremberg, a souligné le caractère international du Tribunal mettant l'accent sur l'incapacité du droit national en ce qui concerne les procédures du jugement de crimes internationaux. Néanmoins, il critique le caractère international à cause de la nature subjective de l'établissement du Tribunal. La nature unilatérale du tribunal provient de sa fondation par les quatre puissances Alliées, les Etats-Unis, la France, la Grande Bretagne et l'URSS⁷². Teitel critique le caractère international du Tribunal Nuremberg en le comparant aux tribunaux internationaux ad-hoc contemporains. Selon elle, le tribunal ne peut pas être considéré comme un mécanisme totalement international puisque sa création dépendait seulement des décisions de quatre puissances⁷³. Il y avait un titulaire et un remplaçant de chaque Etat dans le tribunal, la présidence a été accordée en rotation aux représentants des quatre. Le président jouait un rôle déterminant en cas de partage des voix au cours de la prise des décisions. Le principe de la majorité des voix était appliqué à la procédure de décision au sein du Tribunal de Nuremberg⁷⁴.

⁶⁹ Déclaration du Palais de St. James : Le congrès de Saint James rassemblait durant la Deuxième Guerre Mondiale. Le congrès, qui avait lieu au palais Saint James à Londres, a fondé les bases d'une juridiction internationale punissant les crimes de guerre. Les signataires de cette déclaration posaient ainsi les bases du procès de Nuremberg.

⁷⁰ Guénaél Mettraux, « Trial at Nuremberg », *Routledge Handbook of International Criminal Law*(2011), Routledge, New York, p.6

⁷¹ Jean-Paul Bazelaire et Thierry Cretin, *La Justice Pénale Internationale*(2000), Presses Universitaires de France, Paris, p.20

⁷² Guénaél Mettraux, op. cit., p.7

⁷³ Ruti Teitel, *Globalizing Transitional Justice Contemporary Essays*,...,p. 117

⁷⁴ Jean-Paul Bazelaire et Thierry Cretin, op. cit., p.21

L'évolution historique du Tribunal Militaire International de Nuremberg est directement basée sur les regrets de la communauté internationale provenant de la Première Guerre Mondiale et sur les craintes de l'éclatement d'une autre guerre plus sanglante que la précédente. Nuremberg était le premier tribunal pénal international. Au-delà d'être un point de référence, les procès de Nuremberg ont contribué à l'évolution du droit pénal international en matière de justice transitionnelle. L'apport normatif et juridique du Tribunal à la justice transitionnelle lui garantit une place indispensable dans la généalogie du concept. Le Tribunal en tant que point de référence, se situe d'une manière juridique et institutionnelle dans l'évolution conceptuelle de la justice transitionnelle.

L'établissement du Tribunal de Nuremberg était un développement extraordinaire pour le droit international parce que pour la première fois un tribunal pénal international venait d'être créé par les différentes traditions des droits anglo-saxon, français ou russe. D'abord, le débat entre les traditions de droits différents commence au sujet du type de juridiction. Le Grande Bretagne sous Winston Churchill, a favorisé le principe de l'exécution sommaire qui n'est pas précédée d'un jugement. En revanche, aux Etats-Unis l'opinion s'est divisée en deux, ceux qui soutenaient la position de la Grande Bretagne comme le Président Franklin Roosevelt et le Secrétaire des finances Henry Morgenthau, et ceux qui exigeaient un tribunal comme le Secrétaire de la guerre Henry Stimson. Après l'élection de Truman comme Président des Etats Unis, la collaboration avec l'URSS, qui était en faveur de la création d'un tribunal, a garanti la création du Tribunal de Nuremberg à la Conférence de San Francisco en Mai 1945⁷⁵. La Charte annexée aux accords de Londres en Août 1945, était composée de 30 articles sur lesquels les Alliés étaient parvenus à un accord.

La brutalité des crimes internationaux, la destruction de l'Europe, l'incapacité du droit international ont exigé une nouvelle solution juridique mais d'autre part, le droit international existant ne pouvait pas répondre aux besoins et aux demandes de la communauté internationale. C'est pourquoi la Charte comportant les nouveaux crimes internationaux, a été formée selon les conditions de la situation politique de l'après-guerre. Selon Schabas, l'obligation de faire des lois en conformité avec ces nouvelles conditions d'après-guerre a été remplie par la ratification de la Charte⁷⁶. Les Alliés

⁷⁵ Richard Overly, "The Nuremberg Trials: International Law in the Making", *From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice* (2013), ed. par. Philippe Sands, Cambridge University Press, Cambridge, p. 4-6

⁷⁶ Guénaél Mettraux, op. cit., New York, p.7

ont ignoré le principe de « *nullem crimen, nulla poena sine lege* »⁷⁷ et ils ont disposé les nouveaux types de crimes en violant le principe de la légalité du droit pénal et en constituant les incriminations « *ex post facto* »⁷⁸. Même si les principes envisagés dans la Charte étaient en contradiction avec le principe de non-rétroactivité du droit pénal, le caractère rétrospectif du processus de la justice transitionnelle et de la réparation du passé ont permis de réaliser les incriminations des responsables de la Seconde Guerre Mondiale d'une manière exceptionnelle.

La compétence matérielle, *ratione materiae* du Tribunal de Nuremberg se formait des crimes contre la paix, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Les crimes juxtaposés sont définis dans l'Article VI de la Charte :

« Le Tribunal établi par l'Accord mentionné à l'Article 1er ci-dessus pour le jugement et le châtimement des grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe sera compétent pour juger et punir toutes personnes qui, agissant pour le compte des pays européens de l'Axe, auront commis, individuellement ou à titre de membres d'organisations, l'un quelconque des crimes suivants.

Les actes suivants, ou l'un quelconque d'entre eux, sont des crimes soumis à la juridiction du Tribunal et entraînent une responsabilité individuelle :

(a) ' Les Crimes contre la Paix ' : c'est-à-dire la direction, la préparation, le déclenchement ou la poursuite d'une guerre d'agression, ou d'une guerre en violation des traités, assurances ou accords internationaux, ou la participation à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes qui précèdent;

(b) ' Les Crimes de Guerre ' : c'est-à-dire les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements et la déportation pour des travaux forcés ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires;

(c) ' Les Crimes contre l'Humanité ' : c'est-à-dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où

⁷⁷ *Nullem crimen, nulla poena sine* : Il n'y a pas de crime, il n'y a pas de peine sans une loi qui les prévoit.

⁷⁸ *Ex post facto* : A partir d'après l'action ou après les faits. Il modifie rétroactivement les conséquences juridiques des actions qui ont été commis, ou des relations qui existaient avant l'adoption de la loi.

ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime.

Les dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices qui ont pris part à l'élaboration ou à l'exécution d'un plan concerté ou d'un complot pour commettre l'un quelconque des crimes ci-dessus définis sont responsables de tous les actes accomplis par toute personne en exécution de ce plan.»⁷⁹

Les incriminations *ex post facto* basées sur ces trois types de crimes ont posé de grands problèmes lors des débats du droit international. Bien que les Conférences de la Haye (1899-1907) et les trois Conventions de Genève (1864-1906-1929) constituent les références pour les crimes de guerre, il n'y avait pas de textes juridiques contraignants pour les crimes contre la paix et l'humanité.⁸⁰ Néanmoins, la défense au Tribunal de Nuremberg a été fondée sur l'argument de l'incrimination *ex post facto* concernant les crimes contre la paix et contre l'humanité. Les juges de Nuremberg, en construisant leur réflexion sur le Pacte de Briand-Kellog de 1928 pour les crimes contre la paix, ont affirmé que le principe de l'interdiction des crimes rétroactifs comme celle des crimes contre l'humanité peuvent avoir des conséquences comme l'octroi de l'immunité aux responsables des crimes graves⁸¹. En réalité, le Pacte de Briand-Kellog n'était juste qu'une déclaration, autrement dit il n'était pas un traité contraignant sur la procédure du jugement des crimes commis ;

« Article I

Les Hautes Parties contractantes déclarent solennellement au nom de leurs peuples respectifs qu'elles condamnent le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux et y renoncent en tant qu'instrument de politique nationale dans leurs relations mutuelles.

Article II

Les Hautes Parties contractantes reconnaissent que le règlement de tous les différends ou conflits, de quelque nature ou de quelque origine qu'ils puissent être, qui pourront surgir entre elles, ne devra jamais être recherché que par des moyens pacifiques. »⁸²

Le recours à la guerre en tant qu'instrument de politique nationale par le Pacte a été pris en considération comme une loi sur laquelle les incriminations concernant les crimes contre la paix s'est appuyée⁸³. Pourtant, les crimes contre l'humanité étaient totalement une nouvelle catégorie, bien plus que la contribution la plus révolutionnaire

⁷⁹ <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/INTRO/350?OpenDocument>, consulté le 25 Décembre 2015

⁸⁰ William H. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court (2011)*..., p.7

⁸¹ Madoka Futamura, *War Crimes Tribunal and Transitional Justice : The Tokyo Trial and the Nuremberg Legacy(2008)*, Routledge, New York, p.33

⁸² <http://mjp.univ-perp.fr/traites/1928briand-kellogg.htm>, consulté le 26 Décembre 2015

⁸³ Richard Overy, op. cit., p.18

du Tribunal de Nuremberg au droit pénal international et au contenu de la justice transitionnelle parce que pour la première fois, les crimes commis par l'Etat contre ses propres citoyens étaient inclus à l'autorité d'un tribunal pénal international. Il est certain qu'il n'y avait pas de responsabilité étatique mais le TPIY a attribué la responsabilité aux agents des Etats. La responsabilité étatique dans le cas de Nuremberg dépendait des crimes commis par ses agents

La naissance des nouvelles catégories de crimes grâce aux procès de Nuremberg a élargi le domaine d'application de la justice transitionnelle. Plus particulièrement, nous pouvons dire que le changement paradigmatique du concept de la justice transitionnelle après la Guerre Froide est lié à l'augmentation de l'importance des droits de l'homme et par conséquent à la réhabilitation des victimes du post-conflit. Le point le plus important des juridictions post-conflit a changé de direction, des violations du droit humanitaire aux violations des droits de l'homme, commis par l'Etat envers ses propres citoyens. De plus, la présence des crimes contre l'humanité dans un texte légal comme la Charte de Nuremberg, a conduit à la relativisation du principe de la souveraineté nationale, le principe fondamental sur la reconnaissance des Etats, et l'exigence d'un nouveau type d'interventionnisme dans le monde.

Au-delà de l'expansion des catégories des crimes internationaux par les procès de Nuremberg, l'attribution de la responsabilité pénale aux individus contrebalance le principe de la souveraineté nationale absolue. Auparavant la responsabilité pénale individuelle se situait sous l'autorité nationale des Etats mais la Charte de Nuremberg empêche la propagation d'une responsabilité collective au sein du peuple allemand en acceptant le principe de la responsabilité pénale individuelle. En outre, le Tribunal rejette les discours de défenses basées sur la hiérarchie du pouvoir comme par exemple celui du chef d'Etat ou ayant assuré des responsabilités au niveau gouvernemental ou encore ayant agi sous l'ordre d'un supérieur. Cela est précisé dans les Articles 7 et 8 de la Charte successivement :

« Article 7

La situation officielle des accusés, soit comme chefs d'Etats, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolue ni comme un motif de diminution de la peine.

Article 8

Le fait que l'accusé ait agi conformément aux instructions de son Gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le dégagera pas de sa

responsabilité, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de la peine, si le Tribunal décide que la justice l'exige⁸⁴. »

D'une part, l'attribution de la responsabilité pénale aux individus avait empêché la propagation de la responsabilité collective au sein de la société allemande, d'autre part, elle avait assuré la disparition des sentiments de vengeance des victimes en cas de juridiction des responsables individuels. De plus, les procès de Nuremberg en tant que partie importante du processus post-conflit en Allemagne, ont contribué à la dénazification, la démilitarisation, la décentralisation et la décartellisation de l'Etat. L'isolation des leaders nazis de la société par les effets du Tribunal a garanti la transition politique pacifique de l'Allemagne vers le système international. Le concept de la « justice successeur » de Teitel⁸⁵ démontre que la justice est nécessaire pour la transition démocratique ainsi que pour la légitimation du nouveau régime en établissant la vérité.⁸⁶

Le procès de Nuremberg a duré du 20 Novembre 1945 au 1^{er} Octobre 1946. Le tribunal a jugé vingt-quatre responsables et six organisations telles le Parti national-socialiste des travailleurs allemands (le Parti Nazi), les SS⁸⁷ (SchutzStaffel), la Gestapo⁸⁸ et le SD⁸⁹. L'Article 9 de la Charte permet au tribunal de déclarer une organisation en tant que criminelle⁹⁰. Enfin le Tribunal a rendu son verdict, 12 condamnations à mort, neuf à l'emprisonnement à vie ou à temps limité et trois acquittements parmi les membres du Parti Nazi, des SS et de la Gestapo.

⁸⁴ <https://www.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/INTRO/350?OpenDocument>, consulté le 27 Décembre 2015

⁸⁵ Ruti Teitel, *Transitional Justice* (2000),..., p.31

⁸⁶ Madoka Futamura, op. cit., p.43

⁸⁷ Les S.S. : (L'abréviation de l'allemand Schutzstaffel =Groupe de protection) : Organisation paramilitaire et policière nazie fondée en 1925 pour assurer la protection personnelle d'Adolf Hitler et qui devint une des principales organisations du régime national-socialiste, <http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/SS/93598>, consulté le 15.03.2016

⁸⁸ La Gestapo : (L'abréviation de Geheime Staatspolizei, police secrète d'État) : Police politique de l'Allemagne nazie (1933-1945) chargée d'éliminer toute opposition au régime et étendant ses sévices dans les territoires occupés par la Wehrmacht., <http://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/Gestapo/121277>, consulté le 15.03.2016

⁸⁹ Les S.D. : L'abréviation de Sicherheitsdienst, service de sécurité interne du parti nazi) : Ils ont été fondés en 1931

⁹⁰ Article 9 de la Charte de Nuremberg : Lors d'un procès intenté contre tout membre d'un groupe ou d'une organisation quelconques, le Tribunal pourra déclarer (à l'occasion de tout acte dont cet individu pourrait être reconnu coupable) que le groupe, ou l'organisation à laquelle il appartenait était une organisation criminelle.

Après avoir reçu l'acte d'accusation, le Tribunal devra faire connaître, de la manière qu'il jugera opportune, que le Ministère Public a l'intention de demander au Tribunal de faire une déclaration en ce sens et tout membre de l'organisation aura le droit de demander au Tribunal à être entendu par celui-ci sur la question du caractère criminel de l'organisation. Le Tribunal aura compétence pour accéder à cette demande ou la rejeter. En cas d'admission de la demande, le Tribunal pourra fixer le mode selon lequel les requérants seront représentés et entendus
<https://www.icrc.org/dih.nsf/52d68d14de6160e0c12563da005fdb1b/ef25b8f448034148c1256417004b1ce6?OpenDocument>, consulté le 15.03.2016

Les détails techniques des procès sont moins importants que le changement normatif dans la perception de la justice transitionnelle assurée par le Tribunal. Le Tribunal de Nuremberg a changé la compréhension de la justice pénale transitionnelle. La transition d'une juridiction nationale vers une juridiction internationale en attribuant la responsabilité pénale aux individus, a entraîné le changement de la conception de justice pénale transitionnelle⁹¹. En outre, le but des procès de Nuremberg n'était pas limité à la pénalisation des responsables nazis, ainsi la communauté internationale avait désormais vu la différence entre la guerre juste et injuste en équilibrant le droit pénal avec le jugement moral universel. D'ailleurs, la communauté internationale avait pour but de démontrer l'importance des procédures démocratiques même pour Hitler en créant un Tribunal pénal *ad hoc*.

L'héritage du procès de Nuremberg est important à plusieurs niveaux. En effet, l'évolution du droit pénal avec l'expansion horizontale et verticale de la responsabilité pénale et la contribution au droit humanitaire par la croissance des catégories de crimes, ont consolidé la position du Tribunal dans le domaine du droit pénal international. Néanmoins, le succès du Tribunal en tant qu'instrument de justice transitionnelle est encore discutable malgré ses effets positifs politiques, moraux et normatifs sur la scène internationale. Les incriminations concernant les crimes contre l'humanité sont faites si les crimes ont été commis par les conditions de la guerre. Selon Teitel, cette condition a diminué l'efficacité du Tribunal dans le processus de justice transitionnelle.⁹² Pourtant, le rôle constituant la justice pénale internationale est consubstantiel avec le procès de Nuremberg. Teitel définit les procès de Nuremberg comme « le paradigme Nuremberg ». Le débat de la souveraineté et le jugement national avec l'expansion du droit humanitaire de « *jus ad bellum* »⁹³ et « *jus in bello* »⁹⁴ à « *jus post bellum* »⁹⁵ grâce à la catégorisation des crimes contre l'humanité, commence par « le paradigme Nuremberg ».⁹⁶

« Le paradigme de Nuremberg » joue un rôle majeur à travers diverses missions en vue du développement de la justice transitionnelle. La justice pénale punit la violence dans le passé tandis qu'elle assure la légitimation de l'Etat de droit pour la

⁹¹ Ruti Teitel, *Transitional Justice*(2000)... , p.31

⁹² Ibid., p. 34

⁹³ Jus ad Bellum: le droit de faire la guerre

⁹⁴ Jus in Bello:le droit de l'état de guerre

⁹⁵ Jus post Bellum:le droit d'après-guerre

⁹⁶ Ruti Teitel, *Globalizing Transitional Justice Contemporary Essays*...,p.42

consolidation de la future démocratie. Néanmoins, le Tribunal a ainsi une préoccupation utilitaire de dissuasion.⁹⁷ Même si le changement paradigmatique du concept de la justice transitionnelle a commencé après la fin de Guerre Froide, nous pouvons affirmer que « le paradigme de Nuremberg » comporte les deux changements paradigmatiques de la justice transitionnelle ; la transition à la démocratie et la transition post-conflit.

Quant au Tribunal Militaire International pour l'Extrême Orient, il a été créé par le protocole de Tokyo du 19 Janvier 1946. Tandis qu'il y avait un procès semblable à Nuremberg pour juger des criminels japonais, l'établissement du Tribunal a été approuvé par le Commandant suprême des forces alliées en Extrême-Orient, le Général Mac Arthur contrairement à la fondation du Tribunal de Nuremberg créé par la signature des quatre puissances vainqueur. C'est pourquoi la qualification du Tribunal de Tokyo en tant qu'exemple de justice des vainqueurs a remis en question la crédibilité des procès dans le cadre de justice transitionnelle. La compétence matérielle est formée des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité comme le Tribunal de Nuremberg. Les procès ont duré deux ans et demi jusqu'en 1948. 28 criminels de guerre y ont été jugés dont 25 ont été condamnés.

Le poids du Tribunal de Nuremberg sur les débats du droit pénal international et de la justice transitionnelle par rapport au Tribunal de Tokyo, est expliqué d'une manière technique et conceptuelle. Le second a visé la transformation de la société japonaise via la démocratisation et la démilitarisation en attribuant la responsabilité individuelle et établissant la vérité au sujet de la Seconde Guerre Mondiale. Le Tribunal de Tokyo a été considéré comme une procédure de justice des vainqueurs dominée par les Etats-Unis parce que c'était le Général Douglas Mac Arthur, Commandement suprême des Forces Alliées qui dominait la situation au Japon. L'empereur Hiro-Hito, avait pu garder l'immunité par l'intermédiaire de Mac Arthur en vue de préserver le système impérial au Japon au cours de l'occupation. La gravité des violations des droits de l'homme perpétrées par les Nazis a fait d'une certaine manière sous-estimer les crimes commis par les Japonais.⁹⁸

L'impact du Tribunal de Tokyo sur le développement du droit pénal international et de la justice internationale est limité avec la création d'un tribunal pénal international parce que les procès ont été contrôlés par les vainqueurs comme

⁹⁷ Ruti Teitel, *Transitional Justice*(2000)..., p.30

⁹⁸ Madoka Futamura, op. cit., p.52

dans celui de Nuremberg particulièrement par les Etats-Unis. Le système bipolaire créé à partir de 1947 a influencé ainsi les décisions politiques des Etats-Unis.

Les tribunaux *ad-hoc* qui ont été créés après la Seconde Guerre Mondiale, particulièrement celui de Nuremberg, sont devenus les symboles de la justice pénale internationale. Ils constituent le point de départ des tentatives pour les tribunaux pénaux *ad-hoc* et permanents, le Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie(TPIY), le Tribunal Pénal International pour le Rwanda(TPIR) des années 1990 et la Cour Pénale Internationale des années 2000.

Les conditions de la Guerre-Froide ont empêché l'élaboration d'un instrument juridique international par la communauté internationale car la diffusion des mesures de justice transitionnelle vu la situation politique dans cette période était très difficile. Pourtant, après la Guerre Froide, le début de la troisième vague de démocratisation a assuré le retour en force de la justice transitionnelle sur la scène internationale. L'étape classique du changement paradigmatique de concept, la transition à la démocratie gagne de l'importance à partir du début des années 1980 avec les nouveaux mécanismes de justice transitionnelle en considérant les contextes politiques, économiques et socio-culturels des Etats en question. Les mécanismes judiciaires et répressifs de l'après-Seconde Guerre Mondiale furent remplacés par les mécanismes non-judiciaires et restaurateurs en Amérique Latine et en Europe de l'Est dans la deuxième phase de la généalogie proposée par Teitel.

Section II : L'Après-Guerre Froide et les Processus de Démocratisation après 1989

L'idée de pénaliser les coupables présumés des violations des droits de l'homme a obtenu la légitimité au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale. Le débat téléologique concernant l'objectif ultime du concept de justice transitionnelle fut « la dichotomie de facto » de la deuxième phase dans la généalogie du concept de la justice transitionnelle. L'émergence du concept de la justice transitionnelle en tant que norme en politique internationale au cours des procès de Nuremberg et Tokyo, n'a pas directement conduit vers un débat téléologique sur le contenu et l'objectif du concept. Ainsi, l'atmosphère politique du système bipolaire n'était pas une conjoncture appropriée pour les débats normatifs sur le concept de justice transitionnelle.

La fin du système bipolaire par la dissolution de l'URSS a produit une vague de démocratisation premièrement en Amérique du Sud qui avait commencé à la fin des années 1970 et ensuite en Europe de l'Est, ainsi que nous l'avons déjà souligné. D'une part la répression des régimes militaires dans les années 1970 en Uruguay, au Chili ou en Argentine a provoqué des préoccupations concernant les droits de l'homme dans la région, d'autre part, ces préoccupations ont contribué à l'émergence des organisations régionales et des traités internationaux sur les droits de l'homme en Amérique Latine. La plupart des pays d'Amérique Latine ont signé les traités sur les droits de l'homme, les plus importants ayant été signés à partir de 1976, y compris le Pacte International relatif aux droits civils et politiques de l'ONU et la Convention inter-américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San José). La Commission inter-américaine des droits de l'homme qui a été créée en 1960 au sein de l'Organisation des Etats Américains, a joué un rôle important dans les années 1970 en Argentine, au Chili, à la République du Salvador et en Haïti par ses rapports sur les droits de l'homme. La recommandation des poursuites judiciaires a été formulée en 1974 pour la première fois dans le rapport de la Commission sur le Chili. Ensuite la Commission a publié des rapports suggérant les mêmes méthodes pour les violations des droits de l'homme à la République du Salvador et en Haïti⁹⁹. Le changement dans la nature des acteurs dans la scène des droits de l'homme a affecté la diversification des méthodes de justice transitionnelle. De plus, le respect des droits de l'homme fut la base de la politique étrangère des Etats-Unis à partir des élections présidentielles américaines où Jimmy Carter est sorti vainqueur en 1976. Du point de vue du processus de justice transitionnelle dans la deuxième phase, l'administration Carter a mis fin au soutien du gouvernement américain envers la dictature somoziste au Nicaragua. Carter a même aidé financièrement les opposants à ce régime dictatorial qui violait couramment les droits de l'homme. Les Etats-Unis ont diminué les aides économiques envers l'Uruguay, le Paraguay et l'Argentine entre 1977 et 1980 dans le cadre de sa nouvelle politique concernant les droits de l'homme dans ces pays.¹⁰⁰ Ainsi, l'USA a joué un rôle déterminant dans la transformation des gouvernements non-démocratiques de l'Amérique Latine, en tant que facteur et acteur externe.

⁹⁹ Kathryn Sikkink, *The Justice Cascade How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*, 2011, Norton, New York, s.66-67

¹⁰⁰ Ellen L. Lutz et Kathryn Sikkink, "International Human Rights Law and Practice in Latin America", *International Organization*, Vol. 54, No.3, *Legalization and World Politics* (Summer,2000), p.644

D'autre part, la dissolution de l'URSS avait mis fin aux effets coercitifs du système bipolaire sur les pays de l'Est. L'équilibre des puissances pendant la Guerre Froide s'est développé en faveur des régimes démocratiques dans les pays d'Europe de l'Ouest. L'ordre répressif en Europe de l'Est était différent de ses équivalents en Amérique Latine, où les pays sont classifiés dans le contexte de la Troisième Vague de Démocratisation, car le caractère autoritaire des régimes en Europe était basé sur la pression idéologique d'une force étrangère, l'URSS.¹⁰¹ Par l'essor de l'hypothèse de « la Fin de l'Histoire » de Fukuyama, qui souligne la prééminence du courant de la démocratie libérale après la fin du système bipolaire, les régimes autoritaires en Europe de l'Est ont perdu leurs racines idéologiques, téléologiques et systémiques. C'est pourquoi les transitions démocratiques dans la région n'ont pas causé de grands débats politiques. Cependant, les modalités de transition sont importantes à l'intériorisation des processus de transition démocratique. La plupart des pays de l'Europe de l'Est a exécuté les processus de transitions démocratiques grâce à des négociations dans leur communauté, comme en Tchécoslovaquie, en Pologne ou en Albanie. Donc les transitions démocratiques ont dépendu en grande majorité des méthodes extra-judiciaires qui visaient à atteindre la vérité ou la réconciliation en face de la « dichotomie de facto » de la justice transitionnelle.

La catégorie de la troisième vague de démocratisation de Huntington inclut les pays qui ont été démocratisés dans la deuxième phase de la généalogie de la justice transitionnelle. Huntington propose une division tripartite pour les modalités de transition politique au cours de la troisième vague de démocratisation. Quand les élites du pouvoir prennent l'initiative de la démocratisation, Huntington explique ce changement par une « *transformation* ». Les transitions démocratiques au Brésil et en Espagne avant 1989 ont été transformées selon la définition de Huntington, il cite également les changements des régimes en Bulgarie et en Hongrie dans le cadre de « *transformation* ». Pourtant, un « *remplacement* » apparaît si l'opposition prend le pouvoir et renverse le régime autoritaire. L'Argentine et la Grèce ainsi que la Roumanie, ont vécu des transitions démocratiques similaires, dans lesquelles l'opposition était dominante en faveur du renversement des régimes autoritaires. Enfin, les élites du pouvoir et les groupes d'opposition travaillent ensemble pour une

¹⁰¹ Luc Huyse, « Justice After Transitions : On the Choices Successor Elites Make in Dealing with the Past », dans *Transitional Justice, How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*(1995), ed. Neil J. Kritz, United States Institute of Peace Press, Washington, p.109

transition démocratique dans le cas d'un « *transplacement* ». Si bien que les exemples de « *transplacement* » sont exceptionnels par rapport aux autres modalités de transition politique, les régimes démocratiques ayant été construits à la fin d'une collaboration entre tous les groupes politiques, nous pouvons donner l'exemple de la transition démocratique en Uruguay et en Pologne ou en Tchécoslovaquie par les Révolutions respectives de Velours/Douce ¹⁰². Il y a un impact direct des modalités de transition sur les efforts de la réparation des traumatismes du passé, autrement dit sur les méthodes de la justice transitionnelle. Les débats sur le traitement du passé se concentrent sur la relation entre la sanction et la démocratie de l'époque.

Teitel explique la relation entre la sanction et la démocratie par quatre approches différentes. Dans la première, la sanction est le seul déterminant de la relation bilatérale. Premièrement, elle cite la perception des sanctions en tant que récompense pour que justice soit rendue. Ainsi quand les gouvernements successeurs choisissent la voie de l'impunité par l'octroi des amnisties, le peuple perçoit ce choix comme la conduite des anciens régimes autoritaires. Elle souligne ainsi des responsabilités qui résultent du droit international concernant la pénalisation des violations des droits de l'homme, y compris le Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques, la Convention Inter-Américaine Relative aux Droits de l'homme (Pacte de San José), les Convention de Genève de 1949, la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide de 1948 etc. ¹⁰³

Dans la deuxième approche, elle construit un lien entre les buts prospectifs de la démocratie et de la sanction. Néanmoins, elle abandonne l'aspect répressif de la sanction en raison des objectifs restaurateurs du processus comme la dissuasion, l'établissement de la vérité, la construction de l'Etat de droit. En outre, elle fait référence aux instruments extra-judiciaires de la justice transitionnelle ¹⁰⁴.

Teitel parle de la relation négative entre la démocratie et la sanction dans les dernières approches. La troisième approche se concentre sur la limitation de la sanction afin d'assurer la réconciliation nationale et la démocratie comme dans le cas de

¹⁰² Samuel Huntington, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman: University of Oklahoma Press, 1991, p.153

¹⁰³ Ruti Teitel, « How are The New Democracies of the Southern Cone Dealing with the Legacy of Past Human Rights Abuses? », *Transitional Justice, How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes* (1995), ed. Neil J. Kritz, United States Institute of Peace Press, Washington, p.146-148

¹⁰⁴ Ibid., p.149

l'Uruguay où les sanctions ont été utilisés en tant qu'atout des négociations avec le régime précédent. Dans l'approche finale, il y a une distinction entre la décision de punir et la compétence de punir par les pouvoirs politiques des régimes prédécesseurs. Nous pouvons donner l'exemple d'Argentine, où la décision de juger des criminels du régime militaire était liée directement à la chute de la légitimité de l'armée juste après la Guerre de Falkland/Malvinas en 1982.¹⁰⁵

Contrairement à Teitel, Huntington argumente que la sanction judiciaire contient la possibilité de détruire les bases de la démocratie. Toutefois, il ajoute que si les Etats insistent sur la réalisation des procès des droits de l'homme, ils ont dû s'influencer directement de la transition.¹⁰⁶ Il existe beaucoup d'arguments contradictoires, y compris celui de Huntington, aux méthodes judiciaires utilisées au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale. Vinjamuri et Snyder expliquent leur refus par leur propre classification de la littérature de justice transitionnelle. Il y a deux grandes approches dans la littérature, l'approche juridique et l'approche pragmatiste. De plus, ils ajoutent une troisième approche, celle de la psychologie émotionnelle en raison des débats post-modernes et contemporains. Ils se concentrent sur l'argument de la convenance de l'approche legaliste qui est basée sur l'importance des normes internationales pour le traitement du passé. Ainsi, l'impact des tribunaux pénaux internationaux sur la prévention et sur la dissuasion des futurs conflits est considéré comme l'un des points dominants de l'approche legaliste. Enfin, l'approche juridique souligne l'efficacité instructive des tribunaux pénaux internationaux sur les régimes autoritaires, où se construisent des nouvelles démocraties appuyant leur poids par la voie de la justice transitionnelle. Quand Vinjamuri et Snyder prennent en considération l'approche pragmatiste, ils font référence aux arguments opposés aux méthodes judiciaires de Huntington.¹⁰⁷ Les opposants des méthodes judiciaires donnent l'importance au rôle de l'amnistie en tant qu'atout du processus de négociations entre le gouvernement et l'opposition. Il faut prendre en considération la complémentarité de l'amnistie avec la justice dans la deuxième phase de la généalogie de justice transitionnelle. De plus, les arguments se concentrent sur l'importance de la réconciliation dans le processus de démocratisation nécessitant la participation de tous

¹⁰⁵ Ibid., p.150-151

¹⁰⁶ Samuel Huntington, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*..., p. 228

¹⁰⁷ Leslie Vinjamuri et Jack Snyder, "Advocacy and Scholarship in the Study of International War Crime Tribunals and Transitional Justice", *Annual Review of Political Science*, Volume 7, 2004, p.346-354

les groupes sans l'objectif de la vengeance. La réconciliation sert à la reconstruction de la confiance mutuelle autour d'une mémoire collective et individuelle. Les nouveaux Etats démocratiques de la troisième vague de démocratisation ont besoin de modérer les différends et restaurer la coexistence pacifique en voie d'un avenir pacifique.¹⁰⁸

Selon les adversaires des méthodes judiciaires, les choix de justice transitionnelle sont dichotomiques. Les pays en voie de démocratisation peuvent choisir parmi les méthodes extra-judiciaires ou judiciaires qui envisagent « *la vérité* » ou « *la justice* ». Le caractère dichotomique du processus de la justice transitionnelle fut le débat de la deuxième phase dans la généalogie de la justice transitionnelle à partir de dernières années 1970. Plusieurs conceptions sur la justice sont apparues dans le contexte du débat concernant le caractère dichotomique. Malgré les arguments pour ou contre sur les méthodes judiciaires au cours de la troisième vague de démocratisation, les processus de justice transitionnelle dans les Etats en voie de démocratisation sont formés selon la politique, la nature de la démocratisation et la répartition du pouvoir politique pendant et après la transition. Tandis que le débat normatif et téléologique se déroulait à travers les buts dichotomiques de la justice transitionnelle, les conditions systémiques, régionales et politiques étaient les déterminants prioritaires dans les processus de justice transitionnelle dans la seconde phase de la généalogie.¹⁰⁹ Enfin, la majorité des Etats en voie de démocratisation à part quelques exceptions, a préféré utiliser les méthodes extra-judiciaires à cause des conditions politiques et structurelles. Cependant, il y avait des exceptions comme celle de la Grèce et de l'Argentine, où les crimes de masse commis par le régime militaire ont été punis contrairement au dispositif dominant de la phase qui préfère les méthodes extrajudiciaires.

Teitel souligne que les Etats ont préféré des méthodes extrajudiciaires à cause des dilemmes des méthodes judiciaires au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale. Elle déclare particulièrement la non-rétroactivité de la loi, le conflit avec les lois en

¹⁰⁸ Florence Hartmann, "Juger et Pardonner des Violences d'Etat: Deux Pratiques Opposées ou Complémentaires?", *Revue Internationale et Stratégique*, 2012/4 (no.88), p.78-80

¹⁰⁹ Samuel P. Huntington, "The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century", *Transitional Justice, How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes*(1995), ed. Neil J. Kritz,...,p.69

vigueur, le problème de la sélectivité et le compromis judiciaire en tant que dilemmes de la première phase de la généalogie du concept de la justice transitionnelle.

En dehors du choix des méthodes extra-judiciaires, il existait des exceptions dans le cadre de la justice locale et nationale comme dans le cas de la Grèce. Le 21 avril 1967, un Coup d'Etat militaire sous la présidence du colonel Georgios Papadopoulos, a instauré une dictature militaire. Lorsque le roi Constantin II a quitté le pays, le régime a limité strictement les libertés individuelles et fut exclu du Conseil de l'Europe en 1969. La dictature militaire a duré jusqu'en 1974 sans aucune élection. La dictature militaire a été affaiblie en 1974 suite à l'intervention militaire de la Turquie à Chypre et Konstantínos Karamanlis, un ancien Premier ministre, a pris le pouvoir. Les autorités militaires du régime en Grèce ont été jugées à Athènes, à Patras, en Crète et à Halki en raison de l'insurrection contre le gouvernement civil et des violations des droits de l'homme.¹¹⁰ Les poursuites judiciaires ont été distinguées en trois types.¹¹¹ D'une part, les leaders militaires ont été jugés au sujet du renversement du régime démocratique, d'autre part il y avait des poursuites sur la torture et sur la répression de la révolte de Polytechnique.¹¹² Enfin, les 18 sur 24 colonels responsables du coup d'Etat de 1967 ont été reconnus coupables, dont trois des colonels, Papadopoulos, Pattakos et Makarezos condamnés à mort. Pourtant, Karamanlis a transformé les peines de mort en emprisonnement à perpétuité.

Similairement, entre 1976 et 1983, le régime militaire en Argentine était accusé d'assassinats politiques, disparitions forcées et tortures. Il s'agissait de l'arrestation d'environ dix mille personnes et la disparition de milliers de personnes, dont un grand nombre fut exécuté et enterré sans sépulture. Un régime démocratique a été fondé en 1983 sous la présidence du candidat radical Alfonsín, qui a pris le pouvoir en 1983 après le régime militaire. Il a décidé de juger les coupables présumés des crimes sur les violations des droits de l'homme, comme les disparitions forcées, les détentions arbitraires, la torture, commis pendant la période de la dictature militaire de 1976-1983. Les procès au sujet de la pénalisation des militaires au pouvoir entre les années

¹¹⁰ Timothy McCormack, «Their Atrocities and Our Misdemeanours: The Reticence of States to try Their "Own Nationals" for International Crimes» ed. par Mark Lattimer et Philippe Sands, *Justice for Crimes Against Humanity*, Hart Publishing, 2003, Oxford, p.115-116

¹¹¹ Kathryn Sikkink, op. cit., s.48

¹¹² La Révolte de Polytechnique: Le 17 novembre 1973 a eu lieu la première révolte étudiante contre le régime des colonels. L'armée va intervenir tard dans la nuit du vendredi 16 novembre. Il y a officiellement 34 morts, mais en vérité beaucoup plus. Des centaines de blessés se cachent pour éviter l'arrestation. Des milliers d'arrêtés et d'emprisonnés vont subir la torture par la police militaire.

1976 et 1983, ont été ouverts le 22 avril 1985. Le 9 décembre 1985, la Chambre fédérale a condamné l'ancien Général de division Jorge Videla et l'ex Amiral Emilio Massera à l'emprisonnement à perpétuité. Le Général de brigade Orlando Agosti a été condamné à quatre ans et demi de prison, le Général Roberto Viola à 17 ans et l'Amiral Armando Lambruschini à huit ans en raison des homicides, de la privation illégale de liberté, des tortures suivies de meurtres et de vols.

Selon Sikkink, les modalités de transitions, la classification de transitions comme négociées ou rompues ont un impact direct sur les choix des méthodes du traitement du passé. Autrement dit, les méthodes sont déterminées par rapport au caractère de la transition, un remplacement ou un transplacement d'après les termes de Huntington. Si les acteurs politiques du pays en question négocient sur la manière de la transition, les méthodes extra-judiciaires deviennent préférables aux méthodes judiciaires. Cela provient des élites politiques du régime précédent qui préservent la partie majeure de leurs pouvoirs afin d'influer la politique du nouveau régime comme dans la transition assurée à la fin d'une négociation entre l'opposition et les élites politiques dans la classification de Posner et de Vermule. En Grèce et en Argentine, les défaites militaires ont provoqué une crise de légitimité pour les régimes militaires et « *le remplacement* » des régimes militaires par des administrations démocratiques. L'intervention militaire à Chypre par la Turquie en 1974 a causé un risque de guerre entre la Grèce et la Turquie, la politique des colonels pendant la crise de Chypre ont remis en question le régime militaire. Le gouvernement militaire d'Argentine a occupé les îles Falkland/Malouines, territoire britannique et la guerre avec la Grande Bretagne a eu ainsi plusieurs conséquences politiques. Le régime militaire qui était critiqué à cause de la crise économique et des multiples atteintes aux droits de l'homme, n'a survécu que quelques mois après l'échec militaire. Autrement dit, les processus de transition en Grèce et en Argentine en tant que transition rompue ou transition par une intervention étrangère, ont dépendu des poursuites judiciaires qui signifient un processus rigide de justice transitionnelle. Les deux pays se sont opposés à l'impunité au départ et ils ont levé l'amnistie auto-déclarée par les régimes militaires avant qu'ils ne perdent le pouvoir.

Le nouveau Président de l'Argentine, Alfonsín, a aboli immédiatement l'amnistie auto-déclarée par les forces armées. Ensuite, la « *Commission nationale sur la disparition des personnes (CONADEP)* » a été créée le 15 décembre 1983 en vue

d'enquêter sur les disparitions forcées et les autres violations des droits de l'homme commises durant la dictature militaire. Le rapport Nunca Más («Plus jamais»)¹¹³, qui a été publié en septembre 1984, était basé sur les recherches des personnes disparues. Il a essayé d'éclaircir les disparitions forcées, en mettant l'accent sur une « liste ouverte ». En conclusion, le rapport, a recommandé la poursuite de procédures légales envers les responsables des crimes commis durant la dictature militaire.¹¹⁴ Les anciens dictateurs militaires argentins ont été jugés et condamnés pour la première fois. Les militaires, qui étaient inquiets de ces atteintes à leur dignité, se sont réunis dans le cadre de l'opposition aux poursuites judiciaires par rapport à leurs homologues en Grèce, où il y avait des différents complots envers les militaires. En conséquence, les militaires qui conservaient une position stable, ont menacé de faire un nouveau coup d'Etat à la fin de l'année 1986. La répression politique de l'armée a mené le gouvernement d'Alfonsín à adopter une loi dite «*del punto final*», qui fixait le 24 décembre 1986, le délai de prescription des délits et crimes commis contre le droit international à 60 jours. Une seconde loi d'amnistie dite «*d'obéissance dûe*» qui exemptait les poursuites de tous les subalternes militaires, ayant obéi aux ordres, a été adoptée le 8 juin 1987 en raison des pressions militaires.¹¹⁵

La modalité de transition qui était basée sur l'intervention de l'opposition grâce à la défaite militaire, n'a pas directement garanti le succès de la méthode judiciaire en raison des conditions politiques, qui ont déterminé l'aboutissement du processus de la justice transitionnelle en Argentine. Le rôle prépondérant successif des militaires dans la vie politique et le soutien public à l'ancien régime militaire, ont empêché l'internalisation du processus judiciaire de la justice transitionnelle. Autrement dit, les auteurs militaires des anciens crimes ont exercé leurs responsabilités au sein des institutions étatiques ; c'est pour cette raison que le gouvernement a dû promulguer les lois dites « *del punto final* » et « *d'obéissance due* » afin d'éviter un coup d'Etat éventuel et une rupture de la démocratie. D'ailleurs, les organisations armées qui ont utilisé les méthodes du terrorisme, ont été exclues du procès en Argentine en tant que

¹¹³ Nunca Más(Plus jamais), le rapport final de la Commission nationale sur la disparition des personnes, http://www.desaparecidos.org/nuncamas/web/english/library/nevagain/nevagain_001.htm, consulté le 15.04.2016

¹¹⁴ Carlos S. Nino, "The Duty to Punish Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina", *The Yale Law Journal*, Vol. 100, No.8Symposium: International Law(Jun.1991), p.2623-2625

¹¹⁵ Jaime Malamud-Goti, "Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?", *Human Rights Quarterly*, Vol.12, No.1(Feb.1990), p.4-5

victimes de la barbarie militaire. Cette distinction entre les militaires coupables et le reste de la société concernant les poursuites judiciaires, a endommagé la perception du processus de la justice transitionnelle en Argentine.¹¹⁶

La complexité de juger les criminels de masse cause le changement des buts du processus de la démocratisation dans la seconde phase de la généalogie de justice transitionnelle. Contrairement au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, les transitions de démocratie, qui sont considérées en tant qu'étape classique du développement conceptuel, sont supposées reconnaître les victimes, honorer leur mémoire, rétablir le droit et les normes, et empêcher la répétition et assurer la réconciliation.¹¹⁷ Par coïncidence, le manque de l'un de ces buts peut remettre en question le processus de la justice transitionnelle et provoquer les recherches de méthodes alternatives et d'approches plus holistiques. D'une part, l'élargissement du champ de recherches des objectifs a apporté les processus de justice transitionnelle plus contextuels, limités et provisoires, d'autre part, les Etats qui font partie de la troisième vague de démocratisation, ont préféré les méthodes nationales et locales en prenant en considération les circonstances.

Teitel explique les particularités contextuelles de la seconde phase en soulignant l'importance de la vérité et la dichotomie entre la justice et la paix. La prédominance de la vérité dans le contexte de la perspective historique a un impact direct sur la multiplication des méthodes extra-judiciaires particulièrement sur la formation d'un nouvel instrument, les commissions de vérité en Amérique Latine. Cependant, les commissions de vérité n'étaient pas si populaires en Europe de l'Est, où l'histoire fut utilisée par les gouvernements communistes dans l'objectif de destruction des régimes. Les pays de l'Europe de l'Est, permettent aux citoyens l'accès aux documents historiques des Etats plutôt que d'essayer d'établir la vérité. La domination des commissions de vérité dans la seconde phase est directement liée aux modalités de la transition démocratique et à la priorisation parmi les buts du processus de la justice transitionnelle. La priorisation de la réconciliation nationale par rapport à la responsabilité individuelle pénale, était une approche plus communautarienne de

¹¹⁶ Claudia Hib, "Argentina: Ni Oubli Ni Pardon?", *Revue Internationale et Stratégique*, 2012/4(no.88), p.113

¹¹⁷ Florence Hartmann, op. cit., p.71

justice transitionnelle que celle de la première phase.¹¹⁸ Cette approche communautarienne de la justice transitionnelle, inclut la réconciliation nationale et la consolidation de paix, ignorant l'attribution de la responsabilité pénale en priorité. D'ailleurs, la conception normative juridique de justice transitionnelle lors du lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, s'est transformée en une conception basée plutôt sur la morale, la psychologie, la sociologie, qui attribue la priorité à l'individu et à la communauté. Autrement dit, la responsabilité juridique et pénale sont développées avec la responsabilité morale et politique dans la seconde phase de la généalogie de justice transitionnelle.¹¹⁹ L'évolution de la responsabilité, simultanément à la localisation et à la nationalisation du processus de justice transitionnelle, crée une interaction complexe entre les dimensions universelles, globales et locales. Tandis que les exigences des droits universels de l'homme obligent à traiter le passé, les besoins de la société en voie de transition ne sont pas pris en considération dans la phase juridique de la justice transitionnelle au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale.

Le processus de justice transitionnelle a été transformé en une période consacrée à la réconciliation nationale dans la phase de l'après-Guerre Froide. L'étape classique dans l'évolution de la conception de justice transitionnelle donne la priorité aux exigences du régime démocratique, qui sont déterminés comme l'établissement de l'Etat de droit, de la vérité et de la réconciliation nationale. D'une part, le rôle affaiblissant de la justice pénale internationale a été expliqué par ses propres dilemmes comme la non-rétroactivité de la loi, le conflit avec les lois en vigueur, le problème de la sélectivité ainsi que le compromis judiciaire, d'autre part, il est clair que les conditions contextuelles de la phase de l'après-Guerre Froide ont soutenu les processus de la justice transitionnelle locaux et nationaux vers la démocratisation. Bien qu'il y ait l'impact du soutien de la communauté internationale sur les efforts de démocratisation à l'époque, l'internalisation de la démocratisation dans le cadre de sa nature conceptuelle est totalement accepté comme un processus national.

La transformation conjoncturelle durant les deux phases de la généalogie fut le déterminant le plus important dans la diversification des instruments de la justice

¹¹⁸ Ruti G. Teitel, « Transitional Justice Genealogy », *Harvard Human Rights Journal*, Vol.16, 2003, p.82

¹¹⁹ Olivier Abel, « Pardon, Histoire, Oubli », *Revue Internationale et Stratégique*, 2012/4(no .88), p.60.

transitionnelle. D'ailleurs, la diversification des instruments peut être envisagée dans le contexte du développement du concept. Premièrement, l'approche juridique était dominante dans la phase de justice transitionnelle au lendemain de la Deuxième Guerre Mondiale. Ensuite grâce à la transformation conjoncturelle à partir des années 1970 et particulièrement à partir de la Guerre Froide, la transition démocratique est acceptée comme l'étape classique du développement conceptuel de justice transitionnelle. Tandis que la deuxième phase est taxée d'étape classique dans la généalogie de la justice transitionnelle, la diversification des instruments au-delà des mécanismes judiciaires a montré l'importance des dimensions locales et nationales du processus de justice transitionnelle en voie de démocratisation par rapport à la dimension internationale. L'interaction entre les dimensions locales, nationales et internationales suscite la complexité de la justice transitionnelle. En raison de la multiplication des instruments, des acteurs et des approches sur le champ de justice transitionnelle à partir de la fin de la Guerre Froide, l'existence de justice transitionnelle en tant que norme a été approfondie. Même si le champ de recherche de la justice transitionnelle est relativement nouveau, le concept est utilisé pour analyser les anciennes procédures juridictionnelles dans la période dite de transition. Pourtant, Teitel construit sa généalogie en trois phases à partir de la fin de la Seconde Guerre Mondiale, en prenant en considération les circonstances particulières de chaque phase. Autrement dit, Teitel déclare la fondation des tribunaux pénaux comme le commencement de l'essor de la norme de justice transitionnelle. Par la suite, l'émergence de la norme en tant que processus continue et la généralisation de l'usage fréquent de celle-ci commence dans le cadre des conditions politiques de l'après-guerre Froide. Enfin selon Teitel, la diffusion de la norme de justice transitionnelle de l'étape classique de démocratisation jusqu'à l'étape moderne de post-conflit, a apporté l'élargissement du domaine d'influence de la norme. Teitel pense que la stabilisation de la norme sur le plan international par sa diffusion devait être considérée comme la troisième phase de la généalogie dans laquelle les débats ne se concentrent plus sur l'existence de la justice transitionnelle, mais sur les préférences institutionnelles pendant le processus.

La généalogie du concept de justice transitionnelle reflète le développement conceptuel historique. Nous pouvons expliquer le développement conceptuel de justice transitionnelle dans le cadre des travaux des auteurs constructivistes comme

Finnemore et Sikkink sur la création des normes et des règles internationales.¹²⁰ A la suite du troisième débat dans la discipline des relations internationales, l'approche constructiviste est considérée comme l'une des théories critiques. Le constructivisme essaye d'expliquer l'évolution des événements alors que les théories traditionnelles se concentrent sur les raisons. Le constructivisme utilise les formations des identités, des intérêts, des pratiques et des normes dans le système international pour expliquer le déroulement des événements. Martha Finnemore et Kathryn Sikkink, sont deux théoriciennes constructivistes qui ont construit un modèle nommé « cycle de vie de la norme », pour expliquer l'évolution des normes dans le cadre des événements internationaux (Tableau 1.1). Le développement de la norme de justice transitionnelle peut être envisagé à la lumière de ce modèle.

Le cycle de vie de la norme	L'émergence de la norme	La cascade de la norme	L'internalisation de la norme
Acteurs	Les entrepreneurs de la norme avec les structures organisationnels	Les Etats Les organisations internationales, Les réseaux	Le droit La bureaucratie Les professions
Motivations	L'altruisme L'empathie L'idéalisme L'engagement	La conformité L'estime La légitimité	La conformité
Mécanismes	La persuasion	La socialisation L'institutionnalisation La démonstration	L'institutionnalisation L'habitude

Tableau 1.1 Les Phases de la Norme (Finnemore et Sikkink)

¹²⁰ Martha Finnemore et Kathryn Sikkink, "The Constructivist Research Program in International Relations and Comparative Politics", *Ann. Rev. Polit. Sci.*, 2001, p. 395.

Une norme est définie par Finnemore et Sikkink comme un « standard de comportement adéquat pour un type d'acteur spécifique ». ¹²¹ Ils mettent en vigueur le cycle de vie d'une norme, de son émergence à son degré d'influence jusqu'à son internalisation en tant que règle. Il y a un seuil ou *tipping point* entre les deux premières étapes du cycle où la plupart des Etats adopte les normes (Figure 1.1).

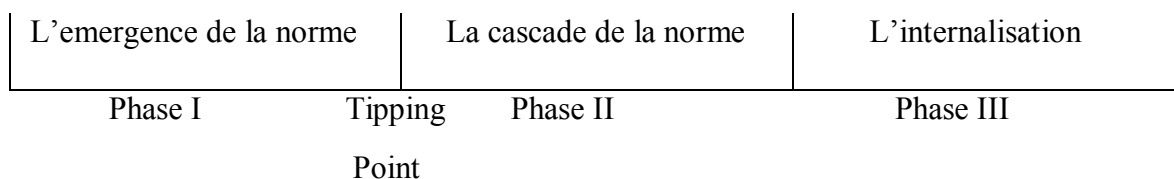


Figure 1.1 Le cycle de vie de la norme (Finnemore et Sikkink)

Ce modèle correspond à l'analyse du développement conceptuel de justice transitionnelle quant à l'évolution et quant à l'élaboration du concept. D'abord, ils soulignent que les normes ne sont pas faciles à déterminer, alors c'est pour cette raison que la définition des normes, la relation entre les normes domestiques et internationales et leurs moyens de stabilité ou du changement sont indispensables pour expliquer le développement conceptuel.

En premier lieu, Finnemore et Sikkink s'interrogent sur l'origine de l'émergence d'une norme. Différentes conditions doivent être présentes pour que la norme apparaisse et dans ce cadre, l'existence des entrepreneurs de norme et des organisations non-gouvernementales est fondamentale. Les entrepreneurs de norme doivent reconnaître les comportements appropriés ou souhaités dans leur communauté. Ainsi les entrepreneurs de norme sont cruciaux car ils attirent l'attention sur les problèmes importants ou encadrent les problèmes par l'intermédiaire du discours. Dans le processus de l'étape d'émergence de la norme, le rôle des ONG- particulièrement celui des organisations des droits de l'homme- est aussi important que celui des Etats en tant qu'entrepreneurs de norme. ¹²² Pour Finnemore et Sikkink,

¹²¹Martha Finnemore et Kathryn Sikkink, « International Norm Dynamics and Political Change », *International Organization*, Vol.52, No.4, International Organization at Fifty: Exploration and Contestation in the Study of World Politics(Autumn, 1998), p.891

¹²² Ibid., p.899

ces organisations sont les principaux moyens à côté du soutien des Etats pour favoriser l'émergence des normes (*Voir* : Tableau 1.1). Par exemple, on peut citer les organisations non-gouvernementales des droits de l'homme en Argentine comme les Mères de la place de Mai (*Asociación Madres de la Plaza de Mayo*) et les Grands-mères de la place de Mai qui ont été fondées en 1977 pour retrouver les enfants kidnappés par la dictature militaire. Elles ont joué un rôle indispensable dans le développement de justice transitionnelle à partir de la fin de la dictature militaire. De plus, la collaboration des organisations non-gouvernementales transnationales y compris Amnesty International, fut primordiale pour que la norme ou la justice transitionnelle attire l'attention de la communauté internationale.¹²³ Le rapport d'Amnesty International en 1976 sur la situation des droits de l'homme lors du régime militaire en Uruguay a provoqué la suspension de l'aide militaire américaine. Les Etats-Unis ont rejeté douze sur treize demandes de l'Uruguay au sein des organisations économiques internationales dans le cadre de la politique des droits de l'homme de l'administration de Carter entre 1977-1980.¹²⁴ La réduction de l'aide militaire américaine vers l'Argentine a été réalisée en raison des efforts d'Amnesty International avec les groupes argentins en exil. Autrement dit le commencement de la politique des droits de l'homme de Carter constitua le *tipping point* avec l'émergence des réseaux régionaux des droits de l'homme qui initièrent une cascade de la norme. Selon Finnemore et Sikkink, les motivations des entrepreneurs de norme étaient l'altruisme, l'empathie, l'idéalisme afin de convaincre les autres acteurs. La fin du système bipolaire a causé l'éclosion de ce type de motivations dans les Etats occidentaux envers les pays en voie de démocratisation. D'ailleurs, la thèse de Fukuyama, la « fin de l'histoire », basée sur l'hypothèse de la puissance de la démocratie libérale, reflète la perception générale de l'après-Guerre Froide, qui réunit beaucoup d'entrepreneurs de normes au niveau international et au niveau national avec les organisations non-gouvernementales nationales et transitionnelles. En outre, la fin du système bipolaire ou la dissolution de l'URSS peut être considérée comme le seuil ou le *tipping point* entre les deux étapes du cycle de vie de la justice transitionnelle, de l'émergence de la norme et de la cascade des normes.

¹²³ Kathryn Sikkink, op. cit. p. 63

¹²⁴ Ellen L. Luntz et Kathryn Sikkink, op. cit., p.644

Les processus de justice transitionnelle en Amérique Latine ont commencé par le cas de l'Argentine dans les années 1970 pendant la Guerre Froide. Les demandes de justice transitionnelle ont continué à augmenter sans cesse en Europe de l'Est après la fin du système bipolaire. La plupart des Etats en voie de démocratisation ont eu recours à des diverses méthodes de justice transitionnelle. Même si les travaux empiriques suggèrent qu'un tiers d'Etats devraient adopter la norme sur le *tipping point*, il n'est pas si facile d'être au courant de toutes les tentatives de justice transitionnelle. Cela provient de l'existence de beaucoup d'instruments judiciaires et extra-judiciaires, qui sont utilisés, y compris les commissions de vérité, les programmes de réparations, les lois de lustration, les amnisties etc.

Le commencement de la deuxième phase de la généalogie de Teitel coïncide avec le *tipping point* du modèle de cycle de vie. Pourtant, le *tipping point* est seulement une étape sur la voie de la cascade de justice transitionnelle en tant que norme. Le changement normatif est important après la création du *tipping point*, parce qu'il y a les demandes internationales de transition ainsi que les pressions domestiques.¹²⁵ Le processus d'intégration internationale oriente les Etats vers l'adaptation des méthodes de justice transitionnelle. Autrement, la recherche de la légitimité au sein de la communauté internationale joue un rôle important concernant l'évolution de la justice transitionnelle comme dans le cas de l'Amérique Latine. De plus, Finnemore et Sikkink soulignent que la conformité et l'estime sont les deux autres motivations des Etats dans l'étape de la cascade de justice transitionnelle. Cependant, l'effet de transmission comme une contagion est aussi important dans la cascade de justice transitionnelle. Le processus de justice transitionnelle en Argentine a engendré les efforts sur le traitement du passé dans le reste de l'Amérique Latine. En revanche, la cascade de justice transitionnelle est loin d'être complète parce que le succès de la cascade dépend de plusieurs facteurs comme la consolidation de la démocratie, le soutien de la population, la conjoncture régionale et internationale, la modalité de transition politique ainsi que les perceptions des élites politiques.

Finnemore et Sikkink précisent que l'institutionnalisation des normes dans le cadre des règles et des organisations internationales pouvait contribuer l'accès à la seconde étape du cycle de vie d'une norme. Quant à la cascade de justice

¹²⁵ Martha Finnemore et Kathryn Sikkink, « International Norm Dynamics and Political Change... », p.902.

transitionnelle, l'institutionnalisation était l'un des principes *sine qua non* du développement conceptuel. D'ailleurs, la plupart des traités sur les droits de l'homme, y compris le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques ou la Convention Inter-Américaine des Droits de l'homme, a été ratifiée par les Etats de l'Amérique Latine entre 1977 et 1981. Les efforts de l'institutionnalisation de la justice transitionnelle dans le cadre du développement des droits de l'homme ont continué au niveau régional en Amérique Latine. Comme par exemple, l'Assemblée Générale de l'Organisation des Etats Américains a adopté la Déclaration de Santiago sur la démocratie et sur la confiance ; un nouvel engagement en faveur de la bonne gouvernance en Amérique en 1991. L'approfondissement de la démocratie dans la région a assuré ainsi l'entrée en vigueur du Protocole de Washington en 1992. Le Protocole a approfondi la consolidation de la démocratie par certaines règles, comme la suspension d'un Etat membre si le gouvernement élu par la voie démocratique est renversé par la force.¹²⁶ Quant à l'Europe de l'Est, l'adoption des lois de lustration par la République Tchèque en 1991, la Hongrie en 1994 et l'Allemagne de l'Est en 1990 constitua la première étape de la cascade de la justice transitionnelle.

Il faut également aborder l'institutionnalisation au niveau international. L'établissement du TPIY et du TPIR, les tribunaux pénaux internationaux ad-hoc fondés par l'initiative de l'ONU, fut l'institutionnalisation judiciaire de la justice transitionnelle dans les années 1990. Ce processus d'institutionnalisation judiciaire a continué avec les travaux sur la fondation d'une cour pénale permanente, la Cour Pénale Internationale. De plus, les tribunaux hybrides, créés en tant qu'institution spéciale, consacrés au processus de justice transitionnelle, deviennent des instruments principaux de l'ONU pendant les opérations post-conflit. Les tribunaux hybrides pour le Sierra Leone, le Cambodge, le Timor Oriental et pour le Kosovo peuvent être considérés comme les conséquences des travaux d'institutionnalisation dans le cadre de la cascade de justice transitionnelle (*Voir* : Tableau 1.2). Cette institutionnalisation n'est pas limitée par les institutions judiciaires. Les commissions de vérité font partie des travaux de l'institutionnalisation au niveau international. Les commissions de vérité au Salvador et au Guatemala ont été soutenues par l'Organisation des Nations-

¹²⁶ Ellen Luntz et Kathryn Sikkink, « The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America », *Chicago Journal of International Law*, Vol.2, 2001, No.1, Article 3, p.15-18

Unis d'après les conditions politiques des Etats afin de mener des enquêtes et préparer un rapport sur les violences commises pendant la guerre civile.¹²⁷

La partie intégrante de la cascade des droits de l'homme concernant la justice transitionnelle, est encore en voie de développement. L'étape finale du modèle du cycle de vie, l'internalisation de la norme, est basée sur sa stabilisation sur les plans national et international. La norme en question est considérée comme acquise dans l'étape finale de l'internalisation. D'ailleurs, la phase finale dans la généalogie de justice transitionnelle, ce qui représente la stabilisation du concept sur le plan international, est dans laquelle la norme est déplacée au centre des débats conceptuels. La normalisation et l'expansion du champ de la justice transitionnelle à partir de la fin des années 1990, contribue à l'internalisation du concept, mais l'étape de la cascade continue ainsi selon le modèle du cycle de vie. Il est évident que la transformation normative est produite, mais il y a encore un autre processus en cours. De plus, plusieurs facteurs liés au succès de la cascade de justice transitionnelle varient d'un pays à l'autre. Par conséquent, il est difficile de déterminer l'internalisation ou la stabilisation de justice transitionnelle à l'échelle mondiale. Le concept de justice transitionnelle signifie aussi un moyen de transition entre les deux étapes du cycle de vie, entre la cascade et l'internalisation. Pourtant si nous appliquons le tableau de Sikkink et Finnemore pour les phases de la norme au concept de la justice transitionnelle, les conditions *sine qua non* pour l'internalisation du concept peuvent être indiquées dans la dernière étape avec les circonstances des deux premières étapes (Tableau 1.2). L'approbation nationale au sein de la société, particulièrement l'internalisation du processus de justice transitionnelle par la bureaucratie et les élites des régimes politiques dans les pays en transition, est primordiale pour l'internalisation du concept. Les motivations comportant la conformité, l'intégration et la légitimité jouent un rôle important dans l'atteinte aux objectifs de la démocratie, de l'Etat de droit et des droits de l'homme. La phase de l'internalisation de justice transitionnelle rend obligatoire le caractère contraignant des règles internationales, l'habitude et l'existence de l'institutionnalisation permanente comme la Cour Pénale Internationale. L'établissement de la Cour Pénale Internationale est une étape en voie de l'internalisation de justice transitionnelle mais quand il y a encore des pays comme

¹²⁷ Priscilla Hayner, "Fifteen Truth Commissions 1974 to 1994: A Comparative Study", *Human Rights Quarterly*, Vol. 16, No. 4 (Nov. 1994), p. 607.

les Etats-Unis, Israël, la Russie, la Chine qui ne ratifient pas le traité de Rome et que de plus en plus les pays africains tels que le Burundi, l'Afrique du Sud veulent quitter la CPI, nous pouvons admettre que le concept de justice transitionnelle est dans la phase de la cascade pour l'instant.

	L'émergence du concept de justice transitionnelle	La cascade du concept de la justice transitionnelle	L'internalisation du concept de la justice transitionnelle
Acteurs	Les ONG des droits de l'homme (Amnesty International, les Mères de la place de Mai en Argentine...etc.)	Les Etats Les organisations intergouvernementales (ONU, UE..etc.)	Le droit La bureaucratie Les élites des régimes politiques dans les pays en transition
Motivations	L'altruisme L'empathie L'idéalisme	La conformité L'estime La légitimité L'intégration	La conformité L'intégration La légitimité L'Etat de droit La démocratie Les droits de l'homme
Mécanismes	La persuasion La perception de l'expérience précédente comme un modèle	Les institutions de la justice transitionnelle comme le TPIY ou le TPIR, les tribunaux hybrides, les commissions de vérité	L'institutionnalisation permanente (La Cour Pénale Internationale) L'habitude Les règles internationales

Tableau 1.2: Les Phases du concept de Justice Transitionnelle (Finnemore et Sikkink)

Section III : La stabilisation de la justice transitionnelle sur le plan international

La stabilisation de la justice transitionnelle sur le plan international est justifiée par la publication du rapport sur le « Rétablissement de l'Etat de droit et de l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit » du Secrétaire Général de l'ONU en 2014. Le concept de justice transitionnelle est défini en détail dans ce rapport et a quitté ses

origines exceptionnelles au plan international par l'institutionnalisation et la normalisation.¹²⁸

La stabilisation de la justice transitionnelle sur le plan international dans la classification de Teitel et l'internalisation dans celle de Finnemore et Sikkink, est la réflexion d'une évolution linéaire du concept. Néanmoins, l'évolution n'est pas linéaire dans le cas de la justice transitionnelle, les changements paradigmatiques du concept exigent diverses méthodes. Les méthodes du processus de justice transitionnelle post-confliktuelle ne sont pas similaires avec celles de la transition démocratique. Les transitions post-confliktuelles nécessitent l'inclusion des dimensions sociales, économiques, politiques et culturelles pour l'établissement de la paix. De plus l'engagement international complique également le processus de transition en termes de l'approbation locale. Les demandes de la transition à la démocratie dans la deuxième phase de la généalogie étaient plus locales et nationales que les exigences de la transition post-conflit à partir de la fin des années 1990. Ainsi la transformation des types de menaces renouvelle la conceptualisation, par laquelle Teitel affirme que la justice transitionnelle passe à la phase finale dans le cadre de son évolution conceptuelle.

La scène politique internationale après les attentats du 11 Septembre 2001, a changé de manière significative. Huntington explique les attentats du 11 Septembre par la redéfinition de l'identité. Selon lui, les peuples définissent leurs identités en termes culturels et l'idée de domination de l'Occident à l'échelle mondiale, provoque des risques de confrontation avec un autre type de civilisation, l'Islam¹²⁹. La plupart des violences de l'époque a des revendications identitaires comme dans la guerre civile en Ex-Yougoslavie. L'appartenance ethnique dans l'exemple de l'Ex-Yougoslavie a provoqué le séparatisme. Enfin, ce type de revendications identitaires et ethniques menace la paix mondiale. En raison du caractère transnational des menaces du

¹²⁸ Kieran McEvoy, « Beyond Legalism : Towards a Thicker Understanding of Transitional Justice », *Journal of Law and Society*, Volume 34, Number 4, December 2007, p.412

¹²⁹ La théorie du choc de civilisations de Huntington dépend de la reconstruction des relations internationales à travers les civilisations. Selon la théorie, il y a sept civilisations : chinoise, japonaise, indienne, islamique, occidentale, latino-américaine et africaine. Elle réclame que les civilisations similaires s'unifient dans les conflits par conséquent la nouvelle configuration des relations internationales deviendra l'Occident vers la Reste. Elle affirme que l'Amérique du Nord devrait coopérer avec l'Europe, l'Amérique Latine et la Russie pour dépasser l'augmentation de la sphère civilisationnelle de la Reste composé du Japon, de la Chine, de l'Inde et de l'Islam. L'Islam est considéré comme la civilisation la plus dangereuse en raison de sa croissance démographique, la montée du fondamentalisme.

XXIème siècle, y compris les actes illicites comme la cybercriminalité, le trafic de drogues, le trafic d'armes, la criminalité organisée, les réseaux terroristes comme dans le cas de 11 Septembre, le rôle de l'Etat est en déclin sur la scène internationale. Par contre, l'individu est devenu l'objet le plus important à l'échelle mondiale. La multiplication des acteurs dans les relations internationales avec les organisations intergouvernementales, les organisations non-gouvernementales et les individus a un effet direct sur le déclin du rôle de l'Etat. De plus l'augmentation de l'importance des droits de l'homme et du droit humanitaire conduit à la protection de l'individu au premier plan. L'importance de l'individu dans le cadre de la justice transitionnelle est aussi expliquée par l'utilisation des instruments plus communautaires comme les commissions de vérité à partir de la fin des années 1970. Le concept identifiant le temps de transition, fut l'objet de tous les débats actuels sur les relations internationales.

La diversification des acteurs a approfondi le rôle des acteurs légaux comme les organisations inter-gouvernementales à l'échelle mondiale. Les organisations inter-gouvernementales, à travers l'idée d'une gouvernance globale à partir des années 1990, assurent l'internationalisation des problèmes comme la protection des droits de l'homme, les guerres civiles sur la scène internationale. Ce faisant, la transformation du concept de l'intervention d'humanité en intervention humanitaire se réalisa à ce stade. La nécessité d'un système de sécurité se basant sur la protection prioritaire de l'individu engendra les débats concernant le droit d'ingérence de la communauté internationale. D'un point de vue, l'idée de la gouvernance globale est en contradiction avec le respect de la souveraineté des Etats. Le droit d'ingérence humanitaire nécessite de passer au - delà de la souveraineté nationale comme dans l'opération *Restore Hope* en 1991, réalisé par la résolution 794 de l'ONU, en Somalie. Les mesures ont été prises dans le cadre du chapitre VII de la Charte de l'ONU¹³⁰ en affirmant le droit d'intervention humanitaire. Ainsi, le concept du droit d'intervention se transforme en obligation d'intervention dans le contexte du droit de protéger élaborée par le rapport de Responsabilité de Protéger de la Commission Internationale de l'Intervention et la Souveraineté des États en 2001, mais l'essentiel du droit international, la souveraineté internationale est encore discutée dans les débats de légitimité concernant ces types

¹³⁰ Chapitre VII de la Charte de l'ONU: Il concerne des actions à mener "en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression à partir de l'article 39 jusqu'à l'article 51.

d'opérations. Tandis qu'il y a plusieurs références au concept de l'intervention humanitaire, une définition formelle de l'intervention humanitaire n'est pas rédigée. En générale elle est expliquée en tant qu'un droit d'intervenir appartenant à la communauté internationale pour protéger le peuple contre son propre pays qui commit des violations des droits de l'homme. Nous ne parlons plus d'un droit d'intervention, l'élaboration du concept de la responsabilité de protéger en 2001 transforme l'encadrement des débats sur la souveraineté nationale. Tandis que les Etats sont les seuls autorités pour la protection et la sécurité des leurs propre citoyens, la communauté internationale devrait avoir une responsabilité de protéger les citoyens si les Etats ne peuvent pas exécuter son rôle proprement. Le rapport traite la transformation du droit d'intervention à la responsabilité de protéger dans le cadre du passage de « souveraineté de contrôle » à « une souveraineté de responsabilité »¹³¹.

Le concept de l'intervention humanitaire a gagné du terrain à partir de la fin de la Guerre Froide. En fait les applications premières se réalisaient en Somalie et en Bosnie-Herzégovine même les opérations ne sont pas considérées comme les interventions réussies. Pourtant à partir des années 1990, le concept de l'intervention humanitaire a été commencé à utiliser pour tous les types d'interventions en vertu des droits de l'homme comportant les interventions comme l'intervention britannique en Sierra Leone en 2000¹³². En d'autres termes l'internationalisation des problèmes sur la scène internationale ne suscite pas toujours la gouvernance globale au sein des organisations intergouvernementales comme l'ONU ou l'OTAN. En revanche l'internationalisation des problèmes mène les transitions politiques à l'ordre du monde. D'une part les Etats deviennent une partie du processus de justice transitionnelle par les interventions humanitaires sous l'égide de certaines puissances, d'autre part les organisations intergouvernementales comme l'ONU sont considérés comme les acteurs prioritaires pendant les processus de l'instrumentalisation de la justice transitionnelle dans le contexte des tribunaux pénaux internationaux ad-hoc, des tribunaux hybrides, des commissions de vérité. La responsabilité de la communauté

¹³¹ Rapport de Responsabilité de Protéger de la Commission Internationale de l'Intervention et la Souveraineté des États en 2001, par.2.14, p.13, <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>, consulté le 22.11.2016

¹³² Dorota Gierycz, "From Humanitarian Intervention(HI) to Responsibility to protect(R2P)", *Criminal Justice Ethics*, Vol.29, No.2, August 2010, p.111

internationale est traitée comme une mission qui comporte les trois piliers de responsabilité de protéger dans le document final du Sommet mondial de 2005 :

« 1. L'État porte la responsabilité première de protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et du nettoyage ethnique, ainsi que de l'incitation à ces crimes;

2. La communauté internationale a la responsabilité d'encourager et aider les États à s'acquitter de cette responsabilité;

*3. La communauté internationale a la responsabilité d'utiliser les moyens diplomatiques, humanitaires et autres appropriés pour protéger la population de ces crimes. Si un État échoue manifestement à protéger sa population, la communauté internationale doit être prête à prendre des mesures collectives pour protéger cette population, conformément à la Charte des Nations Unies »*¹³³.

L'assistance à l'établissement des instruments de justice transitionnelle de l'ONU comme dans les commissions de vérité en El Salvador ou Guatemala ou les tribunaux hybrides et la création des tribunaux ad-hoc, le TPIY et le TPIR peuvent être évaluées dans le cadre du troisième pilier de la doctrine de la responsabilité de protéger¹³⁴. Parce que l'institutionnalisation des efforts de justice transitionnelle par l'ONU est une partie intégrante des mesures collectives pour protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité conformément à la Charte de l'ONU.

Les organisations non-gouvernementales, qui ont une place primordiale dans la deuxième phase, interviennent beaucoup plus actuellement dans les processus de justice transitionnelle qu'il y a 20 ans. Médecins sans Frontières, Amnesty International, Human Rights Watch etc. contribuent à la cascade de justice transitionnelle en tant qu'entrepreneurs des normes par leurs actions et leurs campagnes de sensibilisation internationales.

Le débat sur le concept de justice transitionnelle ne discute plus s'il y a un processus de justice transitionnelle ou pas, mais les exigences concernant le concept,

¹³³ Document final du Sommet Mondial 2005, <http://www.un.org/fr/preventgenocide/rwanda/pdf/responsability.pdf>, consulté le 17.11.2016

¹³⁴ 1^{er} pilier: La responsabilité du Chef de l'Etat protéger les populations contre le génocide, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le nettoyage ethnique, ainsi que contre les incitations à les commettre ;

2^{ème} pilier: La responsabilité de la communauté internationale d'encourager et d'aider les États à s'acquitter de cette responsabilité ;

3^{ème} pilier: La responsabilité de la communauté internationale de mettre en œuvre les moyens diplomatiques, humanitaires et autres de protéger les populations contre ces crimes si un État n'assure manifestement pas la protection de ses populations, <http://www.un.org/fr/preventgenocide/adviser/responsibility.shtml>, consulté 22.11.2016

s'intensifient en général sur les questions comme « comment », « quels instruments », « quels crimes » et « à qui ». D'ailleurs, l'enrichissement de la jurisprudence transitionnelle à travers la création d'une Cour Pénale Internationale permanente, avec la contribution des Tribunaux Pénaux Internationaux *ad hoc* (TPIY et TPIR) renforce la place de la justice transitionnelle sur l'échelle mondiale. Tandis que l'existence du concept n'est plus discutée en raison de son passage à la phase de cascade dans les régions spécifiques par les effets de la socialisation et de l'institutionnalisation, l'universalité de la justice transitionnelle est encore limitée dans certaines régions géographiques. Les Etats-Unis, comme Israël, la Chine, la Russie ou encore la Turquie, sont parmi les pays qui n'ont pas ratifié le Statut de Rome, traité fondateur de la Cour Pénale Internationale.

La scène politique transformée par la diversification des acteurs change le débat concernant la justice transitionnelle. La dichotomie *de facto* de la justice transitionnelle entre la paix et la justice est remplacée par l'idée de complémentarité de deux buts distincts. Autrement dit, les débats concernant la justice transitionnelle à la phase finale, visent à surmonter les dilemmes des phases précédentes.¹³⁵

D'une part, la création des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, le TPIY et le TPIR, est considérée en tant qu'effort pour surmonter le caractère politique du processus de la justice transitionnelle. La légitimité et la neutralité des institutions internationales avec l'efficacité et la crédibilité du droit international, sont les arguments prioritaires de l'approche judiciaire internationaliste. De plus, elle souligne l'indépendance du processus de la justice transitionnelle des élites locales. Toutefois, la dépendance des tribunaux envers la coopération étatique et publique n'autorise pas l'indépendance totale aux tribunaux. Tandis que la distance géographique provoque l'indépendance du TPIY, elle le sépare aussi des populations de l'Ex-Yougoslavie et des conditions locales.¹³⁶ L'approbation locale du processus de justice transitionnelle est apparue dans le rapport du Secrétaire Général de l'ONU sur le rétablissement de l'Etat de droit et l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés victimes d'un conflit ou de post-conflit, en se référant à la politique du

¹³⁵ Bronwyn Anne Leebaw, op.cit., p.98

¹³⁶ Magali Bessone, « Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie : la justice en vue de la paix ? », *Le Philosophoire* 2005/1 (n° 24), p.64

processus de la justice transitionnelle.¹³⁷ Les tribunaux hybrides ou mixtes ont été créés pour éviter les dilemmes des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*. Ils ont été fondés dans les territoires des pays où des violations des droits de l'homme ont été perpétrées, avec les juges nationaux et internationaux comme le Tribunal Spécial pour Sierra Leone en 2002, les Chambres Extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens, les juges internationaux au Kosovo en 2000 et les Chambres Spéciales des Tribunaux pour le District de Dili et pour le Timor Oriental en 2000.¹³⁸

Il est certain qu'il y a des dilemmes des méthodes locales particulièrement à l'étape moderne de post-conflit du changement paradigmatique de la justice transitionnelle. Le processus de justice transitionnelle suppose l'intervention au nom des droits de l'homme et en même temps au nom du respect de la souveraineté nationale. Ces deux buts contradictoires suscitent des divergences entre les puissances locales et mondiales.¹³⁹ Néanmoins, ces dilemmes liés aux méthodes locales, sont les résultats indirects du processus de la justice transitionnelle de la période post-conflit.

Les critiques sur la justice transitionnelle comme les insatisfactions sur les processus post-conflit dans la phase finale, soulignent que les puissances et les conditions nationales sont ignorées par une approche inégalitaire. Autrement dit les circonstances locales ne sont pas prises en compte suffisamment à cause de l'internationalisation du processus de justice transitionnelle. Selon les critiques, l'approche inégalitaire affecte les interventions concentrées sur l'Etat et *top-down* qui provoquent la marginalisation de la possession locale du processus de justice transitionnelle. D'ailleurs, les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* (TPIY et TPIR) sont critiqués à cause de leur recul de la réalité politique, et c'est pourquoi le TPIY a commencé un programme de sensibilisation en 1999. Il avait le but de jouer un rôle dans le processus d'acceptation des traumatismes du passé dans les pays de l'Ex-Yougoslavie.¹⁴⁰ Le TPIY est considéré comme la justice des vainqueurs en absence d'une légitimité nationale. De plus, les tribunaux *ad hoc* sont développés comme des exercices théoriques dans le cadre de l'évolution du droit humanitaire international.¹⁴¹

¹³⁷ Le Secrétaire Générale de l'ONU, le Rétablissement de l'État de droit et l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, parag. 19-22, p.8

¹³⁸ Dustin Sharp, "Addressing Dilemmas of The Global and The Local in Transitional Justice" ..., p.89-90

¹³⁹ Ibid., p.74

¹⁴⁰ <http://www.icty.org/fr/outreach/programme-de-sensibilisation>, consulté le 06.05.2016

¹⁴¹ Laurel E. Fletcher, Harvey M. Weinstein et Jamie Rowen, op. cit., p.30

Trouver l'équilibre entre le local et le global n'est pas facile, mais il existe des concepts qui sont créés pour définir les différents globaux et locaux, « *glocality* », « *translocality* », « *local et larger local* ». Ces concepts soulignent le rôle des dimensions locales sur le plan mondial et ils peuvent être utilisés à propos des problèmes sur l'absence de l'approbation locale à l'étape moderne donc la période de post-conflit de la justice transitionnelle. Enfin, le processus de justice transitionnelle post-conflit suppose en raison des buts complexes, une stratégie plus holistique que celui de l'étape classique de démocratisation des années 1980.

Les dimensions locales, nationales et globales doivent être prises en considération dans le processus de justice transitionnelle. La justice transitionnelle en tant qu'une partie du droit international et des règles normatives, est un moyen de réflexion d'un projet global, mais en même temps elle représente un processus dans lequel les conditions locales et nationales jouent un rôle primordial pour la réussite. Autrement dit, ce concept est construit sur trois dimensions, locale, nationale et globale.¹⁴² La dimension tripartite du concept est remise en cause par l'évolution linéaire du concept, parce que l'internalisation ou la stabilisation de la norme exige l'exécution du processus de justice transitionnelle à divers niveaux. D'ailleurs, le dilemme des divers instruments, des tribunaux ad hoc aux tribunaux hybrides, ou des commissions de vérité aux programmes de réparations, peut être expliqué par le manque d'une dimension dans le processus de la justice transitionnelle. Cependant il n'y a pas un plan universel concernant le processus de justice transitionnelle pour que tout le monde l'adopte, parce que les conditions politiques, économiques et sociales des Etats en transition déterminent les composantes de ce processus. Ainsi, l'une des critiques importantes sur la justice transitionnelle est l'argument du poids de l'Occident sur le langage des droits de l'homme. Le déficit du multiculturalisme dans le langage des droits de l'homme, influence indirectement le contenu de la justice transitionnelle. Bien qu'il y ait des similitudes des méthodes dans les Etats différents, nous ne pouvons pas trouver une stratégie générale de justice transitionnelle. Le contexte et le milieu doivent être pris en considération pour la réussite du processus, tandis que Bell propose une nouvelle loi sur la justice transitionnelle :

« 1- Les amnisties générales qui couvrent les crimes internationaux graves ne sont pas autorisées. »

¹⁴² Rosemary Nagy, op. cit., p.276

2- Une certaine amnistie est nécessaire pour que les prisonniers et les détenus liés au conflit soient libérés, démilitarisés, démobilisés et réintégrés dans la société.

3- Des mécanismes devraient être conçus de manière créative visant à consolider l'engagement normatif à la responsabilité, à assurer le cessez-le-feu et à développer les engagements constitutionnels au cœur de l'accord de paix

(a) Les mécanismes quasi-juridiques qui fournissent des formes de responsabilité autre que le processus de droit de poursuites pénales, telles que les commissions de vérité.

(b) une approche bifurquée selon laquelle les processus pénaux internationaux pour les délinquants les plus graves, est associée à des mécanismes locaux créés pour une série d'objectifs tels que la responsabilité et la réconciliation, pour ceux qui sont en bas de la chaîne de responsabilité, et l'amnistie générale.

4. Les nouveaux mécanismes sont innovés, ils devraient être conçus avec la consultation avec les communautés touchées.

5. Si toute partie prouve un manque d'engagement à l'accord de paix, et notamment au retour à la violence, tout compromis sur la justice pénale est nul et réversible par l'utilisation de la justice pénale internationale. »¹⁴³

La loi de Bell indique certains résultats de processus différents de la justice transitionnelle en tant que règles générales en considérant les dilemmes dans toutes les phases.

La phase finale, la stabilisation de justice transitionnelle, vient d'initier l'internalisation selon la modalité de Finnemore et Sikkink. L'internalisation ne commence même pas, la cascade de la norme continue encore sans cesse. Tandis que Sharp propose une quatrième génération à la généalogie de Teitel, ses exigences reflètent les problèmes de la phase de la stabilisation. Cela provient de la phase de stabilisation qui nécessite la résolution des dilemmes du concept par les moyens de l'institutionnalisation et de l'internalisation de justice transitionnelle.

Quant au développement conceptuel de la justice transitionnelle, il n'y a pas une évolution linéaire. Le développement conceptuel est influencé par la conjoncture nationale et internationale, puisqu'il ne s'agit pas seulement d'un processus interne. L'instrumentalisation de la justice transitionnelle est directement liée aux conditions conjoncturelles et aux divers buts des divers Etats. Pourtant, l'objectif ultime du concept est très précis, les composantes de l'objectif contribuent aussi à la création de

¹⁴³ Christine Bell, « The New Law of Transitional Justice », *Research Paper*, p.106.

la définition : le droit de savoir, le droit à la justice, le droit à la réparation et le droit aux garanties de non-répétition. L'application du processus de justice transitionnelle se réalise donc à travers les composantes de l'objectif de ce concept.

Chapitre II : L'objectif de la Justice Transitionnelle, les Composantes

L'objectif prioritaire du concept de la justice transitionnelle est la lutte contre l'impunité depuis la Seconde Guerre Mondiale. Le droit de savoir, le droit à la justice, le droit à la réparation et le droit aux garanties de non-répétition sont considérés en tant que composantes de la lutte contre l'impunité. De ce fait l'application du concept à travers les divers mécanismes comme les commissions de vérité, les tribunaux pénaux, les réparations et les réformes institutionnels manifeste ses composants. Il est certain que chaque mécanisme vise à contribuer particulièrement à la possession de différentes composantes. Toutefois l'instrumentalisation de la justice transitionnelle est aussi dépendante des conditions conjoncturelles et des divers buts des Etats en voie de transition. C'est pourquoi les instruments de la justice transitionnelle en tant que variables dépendants devraient prendre en considération les caractéristiques différentes de chaque processus du traitement du passé.

La Conférence mondiale des droits de l'homme en 1993 à Vienne qui s'est préoccupée des violations des droits de l'homme et l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme, a incité la Commission des droits de l'homme à examiner tous les aspects de la lutte contre l'impunité au paragraphe 91 de la Partie II de la Déclaration et du Programme d'action de Vienne :

*« 91. La Conférence mondiale sur les droits de l'homme s'inquiète de la question de l'impunité des auteurs de violations des droits de l'homme et appuie les efforts que déploient la Commission des droits de l'homme et la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités pour examiner tous les aspects de ce problème ».*¹⁴⁴

Les efforts pour la lutte contre l'impunité au sein des organes de l'ONU continuent avec les résolutions du Conseil de Sécurité, de l'Assemblée Générale et du Conseil

¹⁴⁴ Déclaration et le Programme d'Action de Vienne adoptés par la Conférence Mondiale sur le droit de l'homme le 25 Juin 1993,
http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_fr.pdf, consulté le 15.06.2016

Economique et Social de l'ONU¹⁴⁵. La résolution 1265(1999) du Conseil de Sécurité a expliqué l'importance de la lutte contre l'impunité en soulignant le rôle des Etats :

*« 6. Souligne qu'il incombe aux États de mettre fin à l'impunité et de poursuivre les personnes qui sont responsables de génocide, de crimes contre l'humanité et de violations graves du droit international humanitaire, affirme la possibilité de recourir à cette fin à la Commission internationale d'établissement des faits, créée en vertu de l'article 90 du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève... ».*¹⁴⁶

D'ailleurs, l'Assemblée Générale de l'ONU a fait référence à la situation des auteurs des violations des droits de l'homme dans la résolution 54/179 en 1999 concernant la République démocratique de Congo du point de vue de la lutte contre l'impunité :

« Parag.3

d) De mettre fin à toutes les atteintes aux droits de l'homme et de veiller à ce que leurs auteurs ne restent pas impunis;

e) De coopérer pleinement avec la Commission nationale chargée d'enquêter sur les allégations concernant le massacre d'un grand nombre de réfugiés et de personnes déplacées en République démocratique du Congo, ainsi qu'avec le Secrétaire général et le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme, à l'examen des allégations en question, en vue de présenter au Secrétaire général un nouveau rapport de la Commission nationale d'enquête sur l'avancement de ses travaux;

Parag.4

e) À s'acquitter de la responsabilité qui lui incombe de veiller à ce que les auteurs de violations des droits de l'homme soient traduits en justice;».

¹⁴⁷

Le Conseil Economique et Social de l'ONU a fait remarquer la responsabilité de l'Etat en matière de juger les auteurs des violations des droits de l'homme dans sa résolution 1989/65 du 24 mai 1989 bien avant les autres organes de l'ONU. Cette résolution énonce les principes relatifs aux exécutions extrajudiciaires, arbitraires et sommaires et aux moyens d'enquêter efficacement sur ces exécutions et a cité la responsabilité de l'Etat de juger les coupables présumés des violations des droits de l'homme :

¹⁴⁵ Steven R. Ratner, Jason S. Abrams et James L. Bischoff, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford University Press, 2009, New York, p.169

¹⁴⁶ Paragraphe 6 de la Résolution 1265 du Conseil de Sécurité de l'ONU, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1265\(1999\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1265(1999)), consulté le 15.06.2016

¹⁴⁷ Résolution 54/79 de l'Assemblée Générale en 1999 sur la situation des droits de l'homme dans la République du Congo,

http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/54/179&Lang=F, consulté le 15.06.2016

*« 18. Les pouvoirs publics veilleront à ce que les personnes dont l'enquête aura révélé qu'elles ont participé à des exécutions extrajudiciaires, arbitraires ou sommaires sur tout territoire tombant sous leur juridiction soient traduites en justice. Les pouvoirs publics pourront soit traduire ces personnes en justice, soit favoriser leur extradition vers d'autres pays désireux d'exercer leur juridiction. Ce principe s'appliquera quels que soient et où que soient les auteurs du crime ou les victimes, quelle que soit leur nationalité et quel que soit le lieu où le crime a été commis ».*¹⁴⁸

De plus les experts de l'ONU ont rédigé les rapports concernant la lutte contre l'impunité à la Commission des Droits de l'Homme. Le rapport final révisé par Louis Joinet en application de la décision 1996/119 de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités est fondé sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques). Joinet a expliqué le processus transitionnel en résumant trois demandes sociales, à savoir : le droit de savoir, le droit à la justice et le droit à réparation de la victime.¹⁴⁹ Ces trois demandes sont appelés principes de Joinet. Un autre rapport sous le titre d'Ensemble de Principes pour la Protection et la Promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité (ci-après dénommé l'Ensemble de principes) qui a actualisé les principes du rapport précédent, a été rédigé le 8 Février 2005 par Diane Orentlicher.¹⁵⁰ Orentlicher examine les demandes sociales en tant que principes destinés à aider les Etats à mettre en place des mesures efficaces de lutte contre l'impunité. Tandis que le rapport d'Orentlicher montre des similitudes avec celui de Joinet, ils raisonnent sur des aspects différents des principes de la lutte contre l'impunité. Particulièrement le rapport d'Orentlicher est plus détaillé que celui de Joinet. Tandis que Joinet juxtapose les principes en définissant l'instrumentalisation avec les conditions spécifiques en application ; Orentlicher formule le contenu juridique de la justice transitionnelle à travers quatre droits dans le contexte des obligations de l'Etat dans la lutte contre l'impunité : le droit de savoir, le droit à la justice, le droit à la réparation et aux garanties de non-répétition.

148 Résolution 1989/65 du Conseil Economique et Social, <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/ArbitraryAndSummaryExecutions.aspx>, consulté le 15.06.2016

¹⁴⁹ Rapport de la Commission des Droits de l'homme, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, « le rapport de Joinet : La Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civile et politiques) », <http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinetf.html>, consulté le 16.06.2016

¹⁵⁰ Rapport de la Commission des Droits de l'homme, E./CN.4/2005/102, « le rapport d'Orentlicher: Ensemble de Principes pour la Protection et la Promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité », <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/111/04/PDF/G0511104.pdf?OpenElement>, consulté le 16.06.2016

Le caractère obligatoire ou contraignant des quatre principes au regard du droit international est encore discuté. Or, il y a des instruments juridiques internationaux non contraignants, tels les résolutions des organes de l'ONU, la pratique des Etats et les précédents judiciaires ou quasi-judiciaires de certaines institutions et même de certaines règles du droit international comme les Conventions de Genève de 1949 référant à l'obligation de punir les graves violations des crimes de guerre dans les conflits. De plus le statut de norme internationale coutumière des principes peut les inclure dans le cadre du droit international. La relation des quatre principes à l'égard de la justice transitionnelle est déterminée en considérant l'instrumentalisation du processus qui se fonde aussi sur le contexte politique, économique, culturel et sociale des Etats en transition. Néanmoins le contenu normatif des quatre composantes qui garantit les droits des victimes et qui crée des responsabilités pour les Etats, est primordial au processus de justice transitionnelle particulièrement à son application.

Section I : Le droit de savoir

Le droit de savoir peut être défini différemment comme le droit à la vérité, le droit d'être informé ou la liberté d'information. Même si la définition utilisée par les organes de l'ONU est généralement le droit à la vérité, le droit de savoir est préféré dans les deux textes de référence de la lutte contre l'impunité, y compris le rapport de Joinet et celui enrichi par Orentlicher.

Le rapport d'Orentlicher affirme le droit inaliénable de connaître la vérité concernant les violations des droits de l'homme et les crimes graves du droit international au Principe II de l'Ensemble de Principes :

*« Chaque peuple a le droit inaliénable de connaître la vérité sur les événements passés relatifs à la perpétration de crimes odieux, ainsi que sur les circonstances et les raisons qui ont conduit, par la violation massive ou systématique des droits de l'homme, à la perpétration de ces crimes ».*¹⁵¹

En outre le droit à la vérité est reconnu en tant que droit dans les textes puisqu'ils se fondent sur la lutte contre l'impunité comme dans le Principe IV de l'Ensemble de Principes :

« Indépendamment de toute action en justice, les victimes, ainsi que leur famille et leurs proches, ont le droit imprescriptible de connaître

¹⁵¹ Rapport d'Orentlicher, E./CN.4/2005/102,op.cit. p.7

*la vérité sur les circonstances dans lesquelles ont été commises les violations et, e cas de décès ou de disparition, sur le sort qui a été réservé à la victime ».*¹⁵²

Particulièrement, le Haut-Commissariat de l'ONU aux droits de l'homme a soumis une étude sur le droit à la vérité en application de la Résolution 2005/66 de la Commission des droits de l'homme.¹⁵³ Cette étude a souligné aussi l'autonomie et l'inaliénabilité du droit à la vérité en analysant ses fondements juridiques et historiques, son champ d'application concret, ses détenteurs, sa nature et son contenu, ses liens avec d'autres droits avec son institutionnalisation via les mécanismes différents des précédents rapports sur la lutte contre l'impunité.

La reconnaissance de la vérité en tant que droit incombe à l'Etat la responsabilité de garantir le droit de savoir comme il est expliqué au Principe I et V de l'Ensemble de Principes :

« Principe I : L'impunité constitue un manquement aux obligations qu'ont les Etats d'enquêter sur les violations, de prendre des mesures adéquates à l'égard de leurs auteurs, notamment dans le domaine de la justice, pour que ceux dont la responsabilité pénale serait engagée soient poursuivis, jugés et condamnés à des peines appropriées, d'assurer aux victimes des voies de recours efficaces et veiller à ce qu'elles reçoivent réparation du préjudice subi, de garantir le droit inaliénable à connaître la vérité sur les violations et de prendre toutes mesures destinées à éviter le renouvellement de telles violations »

*« Principe V: Il appartient aux Etats de prendre les mesures appropriées, y compris les mesures destinées à assurer l'indépendance et le fonctionnement efficace de la justice, pour rendre effectif le droit de savoir... ».*¹⁵⁴

L'Etat est responsable d'informer à la fois les victimes et leurs familles et aussi l'ensemble de la société. La plupart des organes internationaux et régionaux des droits de l'homme envisage le droit à la vérité d'une manière individuelle, autrement dit pour les droits des victimes et de leurs familles de connaître les violations dans leurs vie. Pourtant la dimension collective s'impose également aux Etats afin

¹⁵² Ibid, p.7

¹⁵³ Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, E/CN.4/2006/91, « Promotion et Protection des Droits de l'Homme Etude sur le Droit à la Vérité », <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/106/57/PDF/G0610657.pdf?OpenElement>, consulté le 17.06.2016

¹⁵⁴ Rapport d'Orentlicher, E./CN.4/2005/102, op.cit., p.7

d'informer la société des violations passées.¹⁵⁵ Le droit à la vérité a une dimension à la fois individuelle et collective. La dimension collective du droit à la vérité est liée au statut de la société en tant que victime des violations des droits de l'homme.¹⁵⁶ D'ailleurs le droit de la société de savoir est considéré par d'autres organes internationaux et régionaux des droits de l'homme, y compris le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires¹⁵⁷ de l'ONU et la Commission interaméricaine des droits de l'homme.¹⁵⁸ De plus la jurisprudence nationale et internationale comme la Chambre des droits de l'homme de Bosnie-Herzégovine a imposé à la République Serbe de Bosnie de révéler toutes les informations en sa possession sur le sort des hommes et adolescents de Srebrenica dans un procès intenté par 49 proches de disparus.¹⁵⁹

Joinet et Orentlicher ont traité la responsabilité de l'Etat dans le cadre du devoir de mémoire dans leurs rapports successifs. De plus ils ont souligné l'importance de « la préservation de l'oubli la mémoire collective qui appartient à son patrimoine, notamment pour se prémunir contre le développement de thèses révisionnistes et négationnistes ». ¹⁶⁰

Le droit à la vérité en tant que droit individuel et collectif s'appliquait historiquement aux cas des personnes disparues, y compris en cas de disparition forcée. D'ailleurs le champ d'application a été étendu à d'autres violations des droits de l'homme comme les exécutions extrajudiciaires et les actes de torture.¹⁶¹ Pourtant la codification du droit à la vérité s'est réalisée dans le cadre juridique et historique des cas de personnes disparues, y compris en cas de disparition forcée.

¹⁵⁵ Promotion et Protection du Droit à la Liberté d'Opinion et d'Expression, « Note du Secrétaire Général », A/68/362, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/464/77/PDF/N1346477.pdf?OpenElement>, consulté le 17.06.2016

¹⁵⁶ Rapport Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, E/CN.4/2006/91, op.cit., consulté le 17.06.2016, p.11

¹⁵⁷ Rapport de Joinet, E/CN.4/1990/13, op.cit., par.339,

¹⁵⁸ Rapport de la Commission interaméricaine des droits de l'homme, 1985-1986, p.205

¹⁵⁹ Michèle Picard et Asta Zinbo, "Sur le Rapport du Gouvernement de la Republika Srpska", Cultures & Conflits, Printemps 2007, p.108

¹⁶⁰ Rapport d'Orentlicher, E./CN.4/2005/102, op.cit, p.7

¹⁶¹ Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, A/HRC/ 17/21, « le Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme sur le séminaire concernant différentes expériences en matière d'archives en tant que moyen de garantir le droit à la vérité », p.3, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/128/95/PDF/G1112895.pdf?OpenElement>, consulté le 18.06.2016

Le sujet des personnes disparues et décédés est codifié entre les Articles 32-34 de la Section III du Protocole additionnel I(1977) aux Conventions de Genève du 12 août 1949. Tandis qu'il n'y a pas de référence explicite au droit à la vérité, l'Article 31 énonce le « *droit qu'ont les familles de connaître le sort de leurs membres* ». ¹⁶² En raison de l'augmentation de cas des disparitions forcées à partir des années 1970, le droit à la vérité a attiré l'attention de la plupart des organisations internationales et régionales des droits de l'homme comme le Groupe de travail spécial chargé d'enquêter sur la situation des droits de l'homme au Chili, le Groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires, la Commission interaméricaine des droits de l'homme. ¹⁶³ De plus le droit à la vérité est cité différemment dans plusieurs textes internationaux. Les textes concernant la lutte contre l'impunité¹⁶⁴, le déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays¹⁶⁵, le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire¹⁶⁶ énoncent les différents aspects du droit à la vérité.

Les résolutions de l'Assemblée Générale prennent en considération le droit à la vérité depuis 1974. Tandis que l'Assemblée Générale traite des questions concernant du droit à la vérité dans ses résolutions relatives aux victimes de disparition forcée ou personnes disparues¹⁶⁷ ; le droit à la vérité a été abordé particulièrement dans la résolution 68/165 le 21 Janvier 2014 par l'Assemblée Générale.

¹⁶² Articles 31-33 des Protocoles Additionnels(1977) des Conventions de Genève de 1949, p.28-30 https://www.icrc.org/fr/assets/files/other/icrc_001_0321.pdf, consulté le 18.06.2016

¹⁶³ Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, op.cit, p.5

¹⁶⁴ Rapport d'Orentlicher, E./CN.4/2005/102, op.cit, Principes I, II et III du rapport d'Orentlicher

¹⁶⁵ Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, E/CN.4/1998/53/Add.2, « Principe 16 du Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays », <http://www.unhcr.org/fr/protection/idps/4b163f436/principes-directeurs-relatifs-deplacement-personnes-linterieur-propre-pays.html>, consulté le 18.06.2016

¹⁶⁶ Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 16 décembre 2005, 60/147, « Principes 11, 22 et 24 des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire », <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/496/43/PDF/N0549643.pdf?OpenElement>, consulté le 18.06.2016

¹⁶⁷ Résolutions de l'Assemblée Générale 3220(XXIX) « Assistance et coopération dans la recherche de personnes disparues ou décédées lors de conflits armés le 17 Septembre 1974 », 33/173 « Déclaration sur la préparation des sociétés à vivre dans la paix le 15 Décembre 1978 », 45/165 « Question des disparitions forcées ou involontaires le 18 Décembre 1990 » et 47/132 « Utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à l'autodétermination le 14 Décembre 1990 »

Des résolutions adoptées par le Conseil des droits de l'homme concernent spécifiquement le droit à la vérité. Elles considèrent que « *il importe de respecter et de garantir le droit à la vérité, afin de contribuer, à mettre fin à l'impunité et à promouvoir et à protéger les droits de l'homme* ». ¹⁶⁸ L'instrumentalisation du droit à la vérité dans le cadre des mécanismes non-judiciaires et la prise des mesures pour la préservation des archives et témoins a été traitée aussi dans les résolutions du Conseil des droits de l'homme. De plus les résolutions sur la génétique médico-légale et les droits de l'homme abordent le droit à la vérité du point de vue des personnes disparues. Elles reconnaissent que « *la génétique médico-légale, lorsqu'elle est appliquée de manière indépendante et conformément aux normes internationales, peut contribuer efficacement à l'identification des restes des victimes, au rétablissement de l'identité des personnes enlevées illégalement et au règlement de la question de l'impunité* ». ¹⁶⁹

D'une part le Haut-Commissaire de l'ONU aux droits de l'homme a publié plusieurs rapports sur le droit à la vérité depuis 2006, d'autre part la Commission des droits de l'homme a consacré sa résolution 2005/66 au droit à la vérité. La Commission souligne les dimensions individuelles et collectives du droit à la vérité et insiste sur « le droit du public et des individus d'avoir accès, dans toute la mesure possible, aux renseignements concernant les actes et le processus de prise de décisions de leur gouvernement, dans le cadre du système juridique propre à chaque Etat ». ¹⁷⁰

Les organisations régionales comme le Conseil de l'Europe, l'Union Européenne ou l'Organisation des Etats américains reconnaissent le droit à la vérité en tant que droit fondamental dans le cadre des disparitions forcées. Tandis que le Conseil de l'Europe a accepté plusieurs recommandations sur le droit des proches des victimes de connaître la vérité, l'UE élabore, quant à elle, le droit à la vérité d'un autre point de vue dans le contexte de la réconciliation post-confliktuelle. ¹⁷¹ En outre l'UE

¹⁶⁸ Résolutions du Conseil des Droits de l'Homme, A/HRC/RES/9/11(2008), A/HRC/RES/12/12(2009), A/HRC/21/7(2012) Le Droit à la Vérité, p.3, <http://www.ohchr.org/EN/Issues/TruthJusticeReparation/Pages/InternationalInstruments.aspx>, consulté le 19.06.2016

¹⁶⁹ Résolutions du Conseil des Droits de l'Homme A/HRC/RES/10/26(2009), A/HRC/RES/15/05(2010), « La génétique médico-légale et les droits de l'homme », p.2, <http://www.ohchr.org/EN/Issues/TruthJusticeReparation/Pages/InternationalInstruments.aspx>, consulté le 19.06.2016

¹⁷⁰ Résolution de la Commission des droits de l'homme 2005/66, "Le Droit à la Vérité", p.2, <http://www.ohchr.org/EN/Issues/TruthJusticeReparation/Pages/InternationalInstruments.aspx>, consulté le 19.06.2016

¹⁷¹ Résolutions et les recommandations du Conseil de l'Europe, « la recommandation 1056(1987) sur les personnes disparues à Chypre », « la recommandation 1657(2004) sur les personnes disparues au

a adopté la résolution 1.1.1983 sur les personnes disparues à Chypre mais en même temps elle a fait référence au droit à la vérité concernant la situation en Colombie dans les conclusions de la 2678^{ème} session du Conseil consacrée aux affaires générales et relations extérieures. La conformité du processus de désarmement, de mobilisation et de réinsertion(DDR) des groupes armés illégaux, une partie importante de la réconciliation post-confliktuelle aux engagements internationaux au sujet du droit à la vérité, à la justice et à des réparations a pris sa place dans les conclusions du Conseil de l'UE.¹⁷²

Le droit à la vérité est considéré directement dans le cas des personnes disparues, des disparitions forcées mais il aussi est lié à d'autres droits comme il est traité au rapport sur le droit à la vérité du Haut-Commissariat de l'ONU aux droits de l'homme :

*« Le droit à la vérité est étroitement lié à d'autres droits tels que le droit à un recours utile, le droit à la protection de la loi et de la justice, le droit à la vie familiale, le droit à une enquête efficace, le droit d'être entendu par un tribunal compétent, indépendant et impartial, le droit d'obtenir réparation, le droit de ne pas être soumis à la torture ou aux mauvais traitements et le droit de demander et de communiquer des informations. La vérité est fondamentale pour la dignité inhérente de la personne humaine ».*¹⁷³

La codification du droit à la vérité a fourni un cadre juridique pour divers mécanismes institutionnels, tels que les mécanismes judiciaires du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ou les procédures pénales nationales et les mécanismes extra-judiciaires des commissions de la vérité. Les commissions de vérité sont les instruments indispensables pour l'exercice du droit à la vérité c'est pourquoi Joinet et Orentlicher ont souligné leur établissement et leur rôle dans les rapports. D'une part ils ont expliqué que les commissions devaient comporter à la fois l'indépendance, l'impartialité et la compétence, et d'autre part ils ont abordé les garanties relatives aux personnes mises en cause et les victimes et les témoins. De plus

Belarus », « la recommandation 1679(2004) sur la situation de des droits de l'homme en République tchétchène », « la résolution 1463(2005) sur les disparitions forcées », <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=11021&lang=fr>, consulté le 20.06.2016

¹⁷² Communiqué du Presse, la 2678^{ème} session du Conseil de l'Union Européenne consacrée aux affaires générales et relations extérieures, parag.4, http://europa.eu/rapid/press-release PRES-05-241_fr.htm, consulté le 20.06.2016

¹⁷³ Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, E/CN.4/2006/91, op.cit., consulté le 20.06.2016

ils ont raisonné sur l'importance de la publicité des rapports des commissions à la fin de la mission pour que le public soit informé au sujet du rapport final dans le cadre de la dimension collective du droit à la vérité. La protection des archives en tant que responsabilité de l'Etat est traitée d'une manière détaillée dans deux rapports principaux. Par ailleurs le rapport A/HRC/ 12/19 sur le droit à la vérité du Haut-Commissariat des Nations-Unies aux droits de l'homme est fondé sur le rôle des archives et les responsabilités de l'Etat relatives aux archives et à la protection des témoins.¹⁷⁴

Le droit à la vérité en tant que l'un des quatre piliers de la lutte contre l'impunité, se fonde sur la connaissance de la vérité sur des événements passés relatifs à la perpétration des crimes. Ce droit concerne autant les individus que la société en raison de son caractère individuel et collectif. Ce caractère individuel et collectif impose à l'Etat de révéler toutes les informations sur les violations des droits de l'homme en utilisant tous les instruments en sa possession. La préservation des archives en facilitant l'accès aux archives et en coopérant avec les tribunaux et les commissions de vérité se situe parmi les responsabilités primordiales de l'Etat au processus de la recherche de la vérité. L'instrumentalisation du droit à la vérité dans le cadre des mécanismes judiciaires et extra-judiciaires dépend de conditions politiques, économiques, culturelles et sociales des Etats en question comme celle des trois autres composantes de la justice transitionnelle, le droit à la justice, le droit à la réparation et le droit aux garanties de non-répétition.

Section II : Le droit à la justice

Le droit à la justice se fonde sur le droit de toute personne à disposer d'un recours utile qui dépend de l'Article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.¹⁷⁵ Le droit du recours est aussi indirectement lié au droit à la vérité, c'est

¹⁷⁴Rapport de l'ONU, A/HRC/12/19, Le Droit à la Vérité, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/150/90/PDF/G0915090.pdf?OpenElement>, consulté le 25.06.2016

¹⁷⁵ Article 2 par.3: *“Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à: a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles; b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et à développer les possibilités de recours juridictionnel; c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié »*, http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/un-art17_fr.pdf, consulté le 27.06.2016

pourquoi le droit à la justice et le droit à la vérité sont des composants complémentaires de la lutte contre l'impunité. L'instrumentalisation du droit à la vérité se réalise à travers l'exécution du droit à la justice.

Le droit à un recours équitable et efficace de toutes les victimes est traité dans le rapport de Joinet « *il faut que toute victime ait la possibilité de faire valoir ses droits en bénéficiant d'un recours équitable et efficace, notamment pour obtenir que soit jugé son oppresseur et obtenir réparation* ». ¹⁷⁶

Les obligations de l'Etat découlent du droit à la justice des victimes. L'Etat doit mener les enquêtes sur les violations et prendre des mesures pour que les coupables présumés des violations des droits de l'homme soient sanctionnés. Pourtant la lutte contre l'impunité nécessite des mesures restrictives aux poursuites des auteurs des violations des droits de l'homme dans le domaine de la justice pénale. Premièrement le principe général du droit, la prescription, n'a pas pu être appliquée aux crimes contre l'humanité à cause de l'absence d'un recours efficace pendant la période des violations. Ensuite l'amnistie n'est pas considérée comme une solution à la lutte contre l'immunité en dehors de quelques exceptions. Orentlicher explique les limites des amnisties qui sont accordées pour créer des conditions pour un accord de paix et la réconciliation nationale. Elle souligne la responsabilité de l'Etat de mener des enquêtes sur les violations des droits de l'homme sinon les amnisties ne peuvent pas être accordées aux coupables présumés des crimes graves. De plus les amnisties ne doivent pas empêcher l'utilisation du droit à la vérité et du droit à la réparation. ¹⁷⁷Troisièmement les auteurs de crimes contre l'humanité ne doivent pas bénéficier du droit d'asile. Les deux rapporteurs soulignent l'importance des restrictions à l'extradition et à la règle de « *non bis in idem* » ¹⁷⁸ qui sont des principes généraux du droit. Tandis que Joinet et Orentlicher proposent que les coupables présumés des violations des droits de l'homme ne doivent pas disposer des principes des infractions politiques et de non-extradition des nationaux pour éviter leur extradition ; ils soulignent que l'extradition doit être refusée s'il y a la peine de mort ou des risques des violations des droits de l'homme comme la torture, les exécutions arbitraires dans le pays requérant. ¹⁷⁹ Le principe de « *non bis in idem* » peut être négligé à cause de

¹⁷⁶Rapport de Joinet, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, op.cit., consulté le 27.06.2016

¹⁷⁷Rapport d'Orentlicher, E./CN.4/2005/102, op.cit., consulté le 28.06.2016

¹⁷⁸ *non bis in idem* : une personne déjà jugée pour un fait délictueux ne peut être poursuivie à nouveau pour ce même fait

¹⁷⁹Rapport d'Orentlicher, E./CN.4/2005/102, op.cit., consulté le 28.06.2016.

l'incapacité de l'instrument judiciaire dans la première procédure ou de l'absence de l'impartialité et l'indépendance au processus selon les deux rapporteurs. Enfin Orentlicher explique aussi l'invalidité des arguments de l'obéissance due, de la responsabilité hiérarchique et de la qualité officielle de l'auteur des faits pour les auteurs de crimes graves selon le droit international dans le principe 27 de l'Ensemble de Principes.¹⁸⁰

Les tribunaux nationaux sont compétents en matière de violations des droits de l'homme selon la règle du droit international. Pourtant dans les Etats sortant d'un conflit ou d'un régime autoritaire, les organes judiciaires ne peuvent pas rendre la justice à cause de carences matérielles, l'absence d'indépendance et d'impartialité ou de la volonté de mener les enquêtes.¹⁸¹ Les compétences des tribunaux internationaux ou internationalisés remplacent l'autorité des tribunaux nationaux dans le cas de leur incapacité. La création des tribunaux ad-hoc et des tribunaux hybrides et finalement l'existence d'une Cour permanente, la Cour Pénale Internationale contribue à l'exercice du droit à la justice. D'ailleurs le renforcement des capacités des tribunaux nationaux est l'un des objectifs des processus de justice transitionnelle pour que les poursuites pénales indépendantes et impartiales soient réalisées devant les tribunaux nationaux. Le principe de complémentarité entre la Cour pénale internationale et les tribunaux nationaux est favorisé dans le cadre du système de l'ONU parce que le principe prévoit que les tribunaux nationaux soient les instances compétentes pour juger les crimes graves. La complémentarité de CPI aux juridictions nationales se trouve dans le premier Article du Statut de Rome.¹⁸² Le système de complémentarité essaye de rendre la justice en renforçant les capacités des juridictions nationales. D'un côté il prend en considération la souveraineté nationale, d'autre côté les Etats sont disposés à remplir leurs responsabilités de mener des enquêtes et des poursuites.¹⁸³

¹⁸⁰ Ibid.

¹⁸¹ Rapport du Secrétaire Générale, S/2011/634, "Etat de droit et justice transitionnelle dans les sociétés en situation de conflit ou d'après conflit",
http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/2011/634, p.13, consulté le 28.06.2016

¹⁸² Article 1 du Statut de Rome: « *Il est créé une Cour pénale internationale (« la Cour ») en tant qu'institution permanente, qui peut exercer sa compétence à l'égard des personnes pour les crimes les plus graves ayant une portée internationale, au sens du présent Statut. Elle est complémentaire des juridictions pénales nationales. Sa compétence et son fonctionnement sont régis par les dispositions du présent Statut.* », https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6A7E88C1-8A44-42F2-896F-D68BB3B2D54F/0/Rome_Statute_French.pdf, consulté le 30.06.2016

¹⁸³ Paul Seils, "Guide de la Complémentarité Introduction quant au rôle des juridictions nationales et de la Cour pénale internationale dans la poursuite des crimes internationaux", Centre International pour la Justice Transitionnelle, p.3

L'exercice du droit à la justice dans le cadre des poursuites judiciaires est critiqué. La difficulté d'obtenir des résultats à court terme et la menace pour les gouvernements de transition sont prises en compte dans le processus de l'institutionnalisation de justice transitionnelle. En revanche les poursuites judiciaires en tant qu'institutions légitimes assurent la reconnaissance des victimes et à long terme contribuent à l'Etat de droit et à la réconciliation nationale. La primauté du droit est la règle principale de l'institutionnalisation judiciaire de la justice transitionnelle. Pourtant il y a beaucoup de problèmes dans la pratique concernant les poursuites sur les violations graves des droits de l'homme. Premièrement le nombre élevé des auteurs des violations des droits de l'homme empêche la possibilité de justice à court terme. Ensuite l'incapacité matérielle et financière des organes judiciaires causent des problèmes d'efficacité et de légitimité au sein de la société. Enfin si les élites politiques des régimes prédécesseurs conservent le pouvoir politique, la décision de les juger ne peut pas être prise facilement.¹⁸⁴ De Greiff propose les stratégies de hiérarchisation des poursuites :

« Les stratégies de hiérarchisation naissent d'une décision de classer et d'organiser les affaires dans telle ou telle juridiction, et d'établir ainsi un ordre à respecter pour poursuivre et juger les auteurs présumés de violations flagrantes des droits de l'homme ou des violations graves du droit international humanitaire. »¹⁸⁵

Les stratégies de hiérarchisation prennent en compte les dimensions symboliques et politiques des violations des droits de l'homme. Le traitement des cas faciles, le traitement d'affaires ayant un impact souhaitable sur le traitement des affaires pragmatiques sont exécutés en raison de leur efficacité symbolique à court terme. Cependant la hiérarchisation basée sur le traitement des violations les plus graves et des principaux responsables des crimes constituent le message d'égalité devant la loi d'une manière juridique et politique.¹⁸⁶

Le droit à la justice est examiné dans le cadre des poursuites judiciaires. Le droit à la justice et le droit à la vérité, composants primordiales de la justice transitionnelle peuvent assurer l'exercice du droit à la réparation. La connaissance de

¹⁸⁴ Rapport de l'Assemblée générale, A/HRC/27/56, « le Rapport de Rapporteur spécial Pablo de Greiff sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition », <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/148/99/PDF/G1414899.pdf?OpenElement>, consulté le 30.06.2016

¹⁸⁵ Ibid, p.6

¹⁸⁶ Ibid, p.11-17

la vérité grâce aux instruments judiciaires ou extra-judiciaires crée le cadre juridique et normatif du droit à la réparation.

Section III : Le droit à la réparation

Le droit à la réparation est une des obligations de l'Etat dans le cadre de la lutte contre l'impunité en cas de violations des droits de l'homme :

« Toute violation d'un droit de l'homme fait naître un droit à réparation en faveur de la victime ou de ses ayants droit qui implique, à la charge de l'Etat, le devoir de réparer et la faculté de se retourner contre l'auteur ».
187

Le droit à la réparation et le droit à un recours sont évalués ensemble dans les textes internationaux. La résolution adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU est fondée sur les « *Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire* ». Le droit à la réparation est traité dans le cadre du droit des victimes aux recours avec les deux autres principes du droit international :

- a) Accès effectif à la justice, dans des conditions d'égalité ;
- b) Réparation adéquate, effective et rapide du préjudice subi ;
- c) Accès aux informations utiles concernant les violations et les mécanismes de réparation.¹⁸⁸

Comme le Secrétaire général le souligne dans son rapport sur « *le rétablissement de l'Etat de droit et de l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit* », il est mieux d'adopter une approche holistique au cours du processus transitoire.¹⁸⁹ Le processus transitoire devrait combiner les procès pénaux, les réparations et la recherche de la vérité en même temps. De même que toutes les méthodes de justice transitionnelle sont

¹⁸⁷ Rapport de Joinet, op.cit., p.23

¹⁸⁸ Résolution adoptée de l'Assemblée générale, A/RES/60/147, « Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire », p.6, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/496/43/PDF/N0549643.pdf?OpenElement>, consulté le 11.07.2016

¹⁸⁹ Rapport du Secrétaire générale, « le Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit », S/2004/616, p.13, file:///C:/Users/Mustafa/Desktop/N0439530.pdf, consulté le 11.07.2016

complémentaires. Tandis que les réparations visent directement les victimes à court terme, les poursuites pénales sont utilisées relativement pour lutter contre les crimes contre l'humanité et chercher la vérité qui a un impact sur l'ensemble de la société.¹⁹⁰

La définition de la notion de victime est importante dans l'exécution du droit à la réparation parce que les victimes en tant que détenteurs du droit à la réparation devraient être déterminées selon certains critères objectifs relatifs au caractère général des violations des droits de l'homme. Il y a plusieurs problèmes sur la notion de victime comme l'inclusion des collectivités ou des personnes juridiques et morales. Enfin l'Assemblée générale de l'ONU s'accorde sur une définition de victime dans sa Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir en 1985 :

« 1. On entend par victimes des personnes qui, individuellement ou collectivement, ont subi un préjudice, notamment une atteinte à leur intégrité physique ou mentale, une souffrance morale, une perte matérielle, ou une atteinte grave à leurs droits fondamentaux, ... »

*2. Une personne peut être considérée comme une victime, dans le cadre de la présente Déclaration, que l'auteur soit ou non identifié, arrêté, poursuivi ou déclaré coupable, et quels soient ses liens de parenté avec la victime. Le terme victime inclut aussi, le cas échéant, la famille proche ou les personnes à la charge de la victime directe et les personnes qui ont subi un préjudice en intervenant pour venir en aide aux victimes en détresse ou pour empêcher la victimisation ».*¹⁹¹

Comme on comprend de la définition de victime, les collectivités ont le droit à la réparation autant que les victimes individuelles directes et indirectes des violations des droits de l'homme.

Le droit à la réparation avec le principe du droit à un recours sont reconnus dans les textes internationaux des droits de l'homme y compris l'Article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme(1948), l'Article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques(1966), l'Article 6 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale(1965), l'Article 14 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants(1984) et l'Article 39 de la Convention relative aux droits de l'enfant(1989).

¹⁹⁰ *Les Instruments de l'Etat de Droit dans les Sociétés Sortant d'un Conflit Programmes de Réparation*, la Publication de Nations Unies, Genève, 2008, p.3

¹⁹¹ Résolution de l'Assemblée générale de l'ONU, A/RES/40/34, « Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/480/01/IMG/NR048001.pdf?OpenElement>, consulté le 11.07.2016

Le droit à la réparation peut être exécuté de différentes manières, pénalement par les poursuites judiciaires et de manière administrative et civile via les programmes de réparation. De Greiff fait une distinction entre les deux contextes du droit à la réparation, à savoir le contexte judiciaire et le contexte administratif. Selon lui les décisions de réparations dans le contexte judiciaire visent à remédier aux violations des droits de l'homme individuellement au cas par cas contrairement aux programmes administratifs de réparations qui comportent les mesures collectives contribuant directement aux victimes.¹⁹² La restitution, l'indemnisation, la réadaptation et la satisfaction sont des mesures individuelles prises dans le cadre du droit international autrement dit des décisions judiciaires de réparations. Premièrement la restitution est expliquée en tant que « *mesures pour rétablir la victime dans la situation originale qui existait avant que les violations flagrantes du droit international des droits de l'homme ou les violations graves du droit international humanitaire ne se soient produites* » dans le principe 19 des Principes et Directifs. Les décisions concernant la restitution comprennent la restauration de la liberté, la jouissance des droits de l'homme, de l'identité, de la vie familiale et de la citoyenneté avec le retour sur le lieu de résidence et la restitution de l'emploi et des biens.¹⁹³ Ensuite les mesures d'indemnisation vont au-delà des indemnisations financières directes, les services médicaux et psychologiques et l'assistance en justice avec les expertises sont considérés au champ de l'indemnisation dans le principe 20 des Principes et Directives.¹⁹⁴ En outre le principe 21 des Principes et Directifs concernant la réadaptation comporte aussi les mesures médicales et physiologiques avec les services juridiques et sociaux.¹⁹⁵ Enfin la satisfaction inclut toutes les mesures qui devraient être considérées au processus de justice transitionnelle. La cessation des violations, la publication de la vérité, les sanctions judiciaires et administratives comme les excuses publiques ou commémorations aux victimes construisent le champ d'application de la satisfaction.¹⁹⁶ Par conséquent, dans le processus de justice transitionnelle où les Etats essayent de réparer les préjudices subis par la voie judiciaire, ils doivent aussi mettre fin aux

¹⁹² Pablo De Greiff, "Justice and Reparations", *Handbook of Reparations*, ed. par Pablo de Greiff, Oxford University Press, 1998, p.452-453

¹⁹³ Rapport du Conseil économique et sociale rédigé par M. Cherif Bassiouni, E/CN.4/1999/65, sur le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de graves violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales, p.9, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/108/54/PDF/G9910854.pdf?OpenElement>, consulté le 13.07.2016

¹⁹⁴ Résolution de l'Assemblée générale, A/RES/60/147, op.cit., p.8

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Ibid., p.9

conditions inhérentes des violations des droits de l'homme par la voie administrative. De ce fait les programmes de réparations peuvent offrir des réparations à des groupes plus larges de victimes, c'est-à-dire que la réparation peut être exécutée d'une manière collective.

Les mesures administratives, les programmes de réparation visent à remédier aux violations systématiques des droits de l'homme. Les modalités de réparation qui sont utilisées par les programmes sont divisées en deux groupes, des mesures matérielles et des mesures symboliques. Les mesures peuvent se réaliser par différentes formes. D'une part l'indemnisation doit être organisée dans le cadre des mesures matérielles « en tant que versement en espèces ou des instruments négociables ou des ensembles de services de l'éducation, la santé, le logement etc. », d'autre part les mesures symboliques dépendent « des excuses officielles, le changement du nom d'espaces publics, l'établissement de jours de commémoration, la création des musées et de parcs dédiés à la mémoire des victimes ou des mesures de réadaptation comme la réhabilitation de la réputation des victimes ». ¹⁹⁷ La catégorisation des programmes de réparation est une réflexion des mesures de réparation au cadre judiciaire. L'indemnisation peut être considérée dans la catégorie générale selon toutes les mesures matérielles. Les réparations symboliques devraient être incluses aux catégories de réadaptation et satisfaction. Toutefois il y a des problèmes techniques sur ces programmes concernant la mise en application. Le fonctionnement du programme est directement lié à la participation de la société civile, la participation des organisations de la société civile contribuant au succès et à la vulgarisation du programme. De plus le contenu des réparations est parmi les difficultés auxquelles les programmes de réparation sont confrontés. En outre la spécification des violations des droits de l'homme qui nécessite une réparation, provoque les questions de capacité pour les Etats. Le problème de capacité financière devrait être traité en considérant les types de prestations prévues par les programmes de réparation. De plus deux méthodes prévues pour le financement des réparations, la création d'un fonds d'affection spéciale et la mise en place d'une ligne spéciale dans le budget national annuel ont leurs avantages et leurs désavantages en application. ¹⁹⁸ Enfin les programmes de réparation visent à assurer une certaine reconnaissance aux victimes et établir la confiance entre les individus et les institutions publiques comme les poursuites pénales

¹⁹⁷ *Les Instruments de l'Etat de Droit dans les Sociétés Sortant d'un Conflit*, op. cit., p.25

¹⁹⁸ Ibid, p.32-33

dont les décisions de réparations contribuent à la reconnaissance des victimes en tant que détenteur de droit.

Les réparations seules ne peuvent pas assurer le succès. La nécessité d'une approche holistique est une condition *sine qua non* du processus de justice transitionnelle. La révélation de la vérité sans les réparations ou l'inverse pourrait présenter les efforts de l'Etat de manière négative. Les efforts de l'Etat peuvent être perçues artificielles comme un geste vain ou une marge de manœuvre pour gagner le silence des victimes. D'ailleurs les réparations, les conséquences des poursuites pénales, contribuent à la réhabilitation des victimes, la complémentarité de deux composantes de la justice transitionnelle, le droit à justice et le droit à réparation est indispensable pour que les victimes fassent la confiance au processus de justice transitionnelle. Comme les réparations seraient élaborées particulièrement avec les études de cas des instruments de justice transitionnelle ultérieurement, nous traitons seulement le contenu normatif du droit à réparation avec son instrumentalisation dans cette section.

Section IV : Le droit aux garanties de non-répétition

Le droit aux garanties de non-répétition et le droit à réparation sont traités ensemble à l'Ensemble de Principes d'Orentlicher.¹⁹⁹ Toutefois elle explique le contenu des deux droits dans des sous-titres différents. De Greiff évalue la satisfaction et le droit aux garanties de non-répétition au sein des mesures de réparations au cadre juridique mais le dernier comporte tous les réformes institutionnelles.²⁰⁰ Les réformes institutionnelles visent à éliminer toutes les causes structurelles qui ont provoqué les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire.

La prévention des violations à l'avenir, la garantie du respect de l'Etat de droit, la création d'une culture du respect des droits de l'homme et le rétablissement de la confiance entre la population et les institutions publiques sont des objectifs généraux à poursuivre pour les garanties de non-répétition. Les réformes qui devraient être appliquées pour ces objectifs, sont juxtaposées par la résolution de l'Assemblée générale (A/RES/60/147) :

¹⁹⁹Rapport d'Orentlicher, E./CN.4/2005/102,op.cit.,p.16

²⁰⁰ Pablo De Greiff, op. cit., p.452

« -Veiller au contrôle efficace des forces armées et des forces de sécurité par l'autorité civile ;

-Veiller à ce que toutes les procédures civiles et militaires soient conformes aux normes internationales en matière de régularité de la procédure, d'équité et d'impartialité ;

-Renforcer l'indépendance du pouvoir judiciaire ;

-Protéger les membres des professions juridiques, médicales et sanitaires et le personnel des médias et d'autres professions analogues, ainsi que les défenseurs des droits de l'homme ;

-Dispenser, à titre prioritaire et de façon suivie, un enseignement sur les droits de l'homme et le droit international humanitaire dans tous les secteurs de la société, et une formation en la matière aux responsables de l'application des lois et au personnel des forces armées et de sécurité ;

-Encourager l'observation de codes de conduite et de normes déontologiques, en particulier de normes internationales, par les fonctionnaires, y compris les responsables de l'application des lois, les personnels de l'administration pénitentiaire, des médias, des services médicaux, psychologiques et sociaux et le personnel militaire, ainsi que par les entreprises ;

-Promouvoir des mécanismes pour prévenir, surveiller et résoudre les conflits sociaux ;

*-Réexaminer et réformer les lois favorisant ou permettant des violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et des violations graves du droit international humanitaire ».*²⁰¹

En général si toutes les réformes sont poursuivies ; la structure sociale, judiciaire et militaire devrait être renouvelée. Les secteurs militaires et judiciaires jouent un rôle indispensable à la transformation du régime de la protection des droits de l'homme. Les efforts dans le cadre du DDR (Désarmement, démobilisation et réintégration) une partie importante de la réconciliation post-confliktuelle aux engagements internationaux, contribuent aussi à la prévention et l'établissement de l'Etat de droit. Le changement paradigmatique du concept de justice transitionnelle après la Guerre Froide, le passage de l'après-démocratisation au post-conflit a aussi un impact sur la perception des composantes du concept comme la dissolution des groupements armés para-étatiques, la démobilisation et la réintégration sociale des enfants instrumentalisés dans les hostilités.

La nécessité d'une approche plus holistique au processus de justice transitionnelle ressort une fois de plus parce que l'inclusion des objectifs post-confliktuels rend obligatoire l'existence des approches plus intégrées. Les garanties de non-répétition ne comportent pas seulement la cessation des violations des droits de

²⁰¹ Résolution de l'Assemblée Générale, A/RES/60/147, op.cit.,p.9

l'homme. De plus elles dépendent de la suppression des conditions structurelles qui causent la situation précédente. De ce fait le renforcement de tous les secteurs qui ont un impact sur les composantes de la justice transitionnelle devrait être inclus dans réformes institutionnelles. D'ailleurs l'inefficacité des instruments judiciaires et administratifs dans le processus de justice transitionnelle à court terme peut être dépassée à long terme grâce aux réformes institutionnelles. Il est certain que les réformes institutionnelles qui visent à assurer les garanties de non-répétition, deviennent complémentaires à d'autres instruments de justice transitionnelle. Car la révélation de la vérité, les poursuites pénales et les deux étapes essentielles de justice transitionnelle présentent les lacunes du régime précédent et guident les gouvernements successeurs sur les besoins structurelles. Nous pouvons considérer les réformes institutionnelles en tant que garanties de non-répétition comme la dernière pièce du processus de justice transitionnelle qui complète les instruments judiciaires et extra-judiciaires en réformant la structure existante qui cause les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire. Enfin elles représentent le caractère prospectif de justice transitionnelle qui vise à éliminer les causes fondamentales des violations des droits de l'homme.

La création d'une approche holistique qui intègre toute la gamme des instruments de justice transitionnelle, y compris des poursuites judiciaires, les commissions de vérité, les réparations et les réformes institutionnelles pour garantir la non-répétition des violations des droits de l'homme et du droit humanitaire, assure la reconnaissance des victimes, l'établissement de la confiance entre la population et les institutions politique, la réconciliation nationale et le renforcement de l'Etat de droit. Pourtant il faut analyser les conditions historiques qui ont provoqué les violations flagrantes des droits de l'homme pour que les composantes soient ajustées à la situation. Le contexte historique, économique, social et politique où le processus de justice transitionnelle commence est le déterminant le plus important parce qu'il n'y a pas de formule unique qui peut être appliquée directement à tous les pays. La composition des quatre mesures devrait être dépendante des conditions contextuelles pour dépasser leurs limitations et parvenir aux buts du processus de justice transitionnelle.

La reconnaissance des victimes ne comporte pas seulement la révélation de leurs souffrances mais en même temps elles devraient être reconnues en tant que détenteurs de droits. Le droit à la vérité assure directement la reconnaissance des

victimes individuellement et suscite l'importance des individus en tant que titulaires de droits. Toutefois le principe de l'égalité pour tous accorde le statut de détenteur de droits aux victimes au cours de l'utilisation du droit à la justice. D'ailleurs les réparations dont la seule mesure des composantes de justice transitionnelle qui vise directement à remédier aux victimes directement, constituent la compensation matérielle de la reconnaissance en tant que titulaire de droits. Enfin les garanties de non-répétition contribuent à la création d'une sphère où les victimes ne se sentent plus menacées grâce aux réformes institutionnelles.

L'établissement de la confiance entre la population et les institutions politiques est l'un des autres objectifs du processus de justice transitionnelle. La contribution des quatre composantes à l'établissement d'une relation de confiance est primordiale pour que le processus de justice transitionnelle parvienne à ses fins. Les poursuites judiciaires et la révélation de la vérité peuvent promouvoir la confiance en sanctionnant les coupables présumés des violations des droits de l'homme et en exposant la vérité sur le passé. D'ailleurs les réparations devraient être soutenues avec les réformes structurelles dans le cadre des garanties de non-répétition pour que les victimes et le pouvoir politique successeur s'approchent au cours du processus de justice transitionnelle.

La réconciliation et l'Etat de droit sont les objectifs ultimes de justice transitionnelle, c'est-à-dire qu'ils sont aussi les cibles finales de chaque composante du concept. Tandis que l'influence de chaque composante est relative au contexte de son instrumentalisation, il faut prendre des mesures additionnelles comme des programmes de développement, un rééquilibrage des inégalités structurelles, l'élimination de l'exclusion et de la marginalisation²⁰². Enfin le besoin d'une approche holistique formant des composantes de justice transitionnelle est une obligation pour que les attentes relatives dans les pays différents concernant le processus de justice transitionnelle soient satisfaites. D'ailleurs la lutte contre l'impunité exige l'application complémentaire des quatre composantes dans le processus de justice transitionnelle parce que le manque d'une des composantes peut endommager la lutte contre l'impunité et également compliquer à parvenir aux objectifs collatéraux, y

²⁰² Rapport de l'Assemblée Générale, A/HRC/21/46, « Rapport sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition », http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-46_en.pdf, consulté le 20.07.2016

compris la reconnaissance des victimes, l'établissement de la confiance, le renforcement de l'état de droit et la réconciliation nationale.

Les composantes de la justice transitionnelle sont codifiées dans les textes internationaux mais en fait l'instrumentalisation de ces composantes crée le champ d'application du processus de justice transitionnelle. Les débats concernant le concept se concentrent sur le choix des mécanismes judiciaires et extra-judiciaires plus que son contenu normatif comportant les composantes. D'ailleurs l'étape d'instrumentalisation dans lequel les contextes conjoncturels des pays sont pris en considération ainsi que la carte routière du processus de justice transitionnelle peuvent être considérés comme la phase du développement du traitement du passé.

Chapitre III : Les instruments de la justice transitionnelle

L'instrumentalisation de la justice transitionnelle, le processus de son développement, provoque les débats normatifs sur ce concept. La détermination des instruments dans deux grands groupes, la justice rétributive et la justice restauratrice déclenche le grand débat sur ce concept, le débat sur « la justice contre la paix ». En fait la spécification des instruments reflète la généalogie de la justice transitionnelle qui commence par la transition démocratique et continue avec la transition post-confliktuelle. L'enrichissement des instruments au cours du développement du concept dépend de l'augmentation des objectifs. L'analyse de cette relation mutuelle et explicative entre les objectifs, les instruments et le développement du concept est primordiale pour construire des grands groupes de mécanismes de la justice transitionnelle.

La conceptualisation du traitement du passé en tant que justice transitionnelle commence déjà à la fin des années 1980, mais il existe aussi des exemples précédents. Ainsi que nous l'avons souligné au début, la généalogie du concept trouve ses racines au lendemain de la Deuxième Guerre Mondiale avec la fondation du Tribunal de Nuremberg, visant la lutte contre l'impunité. Depuis cette époque, les idées sur la création d'un tribunal pénal international permanent au cadre de la justice rétributive ont été approfondies. La communauté internationale a élaboré cette idée dans l'Article VI de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de

1948²⁰³. En outre, un comité spécial a été mandaté par l'Assemblée Générale de l'ONU en 1950, pour rédiger le statut d'une cour pénale internationale en coopération avec la Commission du Droit International, qui était responsable de l'élaboration d'un code sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Malgré les travaux préparatifs, les contradictions sur les définitions juridiques et les conditions politiques de cette période ont empêché l'évolution de ce projet. La communauté internationale n'a pas pu aboutir à une définition nette sur l'acte d'agression y compris les crimes d'agression. De plus, la conjoncture politique de la Guerre Froide, a divisé le monde en deux grands blocs, entre les deux superpuissances, les Etats-Unis et l'URSS.²⁰⁴

L'accélération des efforts de la communauté internationale sur le développement de la justice pénale après la Deuxième Guerre Mondiale, est essentielle dans la doctrine de la justice transitionnelle jusqu'au début des années 1980. Ainsi, des poursuites judiciaires dans le contexte de la justice rétributive ont été entreprises dans les pays d'Amérique du Sud comme l'Argentine, le Chili, la République de Salvador et la République d'Haïti par la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme. Malgré les conseils, la diversification des modalités de transition politique a joué un rôle décisif à l'étape de l'instrumentalisation de la justice transitionnelle. Des pays comme l'Argentine, ont choisi des instruments extra-judiciaires suite aux développements dans leur politique interne.

La diversification des instruments est basée directement sur l'enrichissement des buts de transition politique. Le but prioritaire de la communauté internationale après la Deuxième Guerre Mondiale était de pénaliser les coupables des violations des droits de l'homme, de lutter contre l'impunité et d'attribuer les responsabilités pénales aux individus concernant les crimes commis durant la guerre donc pour rendre la justice. Pourtant les objectifs se sont élargis avec les changements des régimes dans le cadre de la troisième vague de démocratisation. Il est certain que la justice était parmi les objectifs de ces Etats, mais la nécessité de revivre ensemble a rendu la réconciliation plus indispensable. C'est pour cette raison que les pays ont donné la

²⁰³ Article 6: Les personnes accusées de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III seront traduites devant les tribunaux compétents de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis, ou devant la cour criminelle internationale qui sera compétente à l'égard de celles des Parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction,
<http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CrimeOfGenocide.aspx>, consulté le 10.09.2016

²⁰⁴ Robert Badinter, "De Nuremberg à la Haye", *Revue Internationale de Droit Pénal*, 2004/3(Vol.75), p.701

priorité à la réconciliation nationale. Cet élargissement normatif de la justice transitionnelle cause le changement paradigmatique du concept. L'étape classique du changement paradigmatique de la justice transitionnelle s'appuie sur l'analyse des transitions politiques vers le régime démocratique et sur les instruments judiciaires. En revanche, la mise en place de la réconciliation en voie de démocratisation à partir des années 1980, apporte un changement paradigmatique et donc elle cause la diversification des instruments. De plus, le rôle des conflits armés au début des années 1990 dans le changement paradigmatique de justice transitionnelle est indéniable. Les guerres transforment le concept de la justice transitionnelle en un processus comportant deux volets, la justice et la paix. La réconciliation nationale comme l'étape classique du concept devient une partie intégrante de la paix au sein du changement paradigmatique moderne. Ce paradigme intègre la justice transitionnelle dans le processus post-conflictuel dans le contexte de la consolidation et du maintien de la paix. Par ailleurs, elle donne lieu à la multiplication des objectifs de la justice transitionnelle et à la diversification des instruments. Il y a une relation mutuelle et explicative entre les buts, les instruments et les changements paradigmatiques de la justice transitionnelle. Cependant la conciliation de la justice et la paix provoque le grand débat dans le processus de justice transitionnelle, la justice contre la paix ainsi qu'elle crée des grands groupes entre la justice rétributive qui contient les instruments judiciaires et la justice restauratrice qui est basée sur les méthodes extra-judiciaires.

Il y a de différentes classifications des instruments de la justice transitionnelle dans la doctrine. Andrieu a établi une catégorisation entre la justice juridique, la justice restauratrice et la justice sociale. D'une part il élabore les poursuites judiciaires dans le contexte de la justice juridique, d'autre part il analyse la justice restauratrice en deux sous-catégories. Il mentionne seulement la création de la vérité et de la mémoire en tant que contenu de la justice restauratrice. La justice sociale est élaborée par Andrieu comme la réparation des droits économiques, sociaux et culturels via les mesures matérielles, symboliques et institutionnelles.²⁰⁵ Cependant la classification de Teitel est plus diverse que celle d'Andrieu. Elle analyse les instruments en cinq approches différentes de justice. Pourtant, elle traite les instruments judiciaires seulement dans le cadre de l'approche de justice pénale. Elle fait la différence entre les composantes de

²⁰⁵ Kora Andrieu, "Transitional Justice: A New Discipline in Human Rights", *Online Encyclopedia of Mass Violence*, Janvier 2010, p.4, <http://www.sciencespo.fr/mass-violence-war-massacre-resistance/en/document/transitional-justice-new-discipline-human-rights-0>, consulté le 10.09.2016

l'approche de justice restauratrice comme la justice historique, la justice réparatrice, la justice bureaucratique et la justice constitutionnelle.²⁰⁶ Malgré toutes les catégorisations différentes, il existe deux méthodes explicites de justice transitionnelle ; les instruments judiciaires et les instruments extra-judiciaires. Le débat fondamental sur les instruments de la justice transitionnelle dans la doctrine, concerne le choix entre la justice rétributive et la justice restauratrice plus que l'impact des instruments dans le contexte du traitement du passé.

Le choix de l'instrument dans le traitement du passé devrait être fait entre quatre solutions selon Richard Goldstone, ancien procureur du TPIY et du TPIR. Premièrement, une amnistie générale peut être envisagée pour toute sorte de crimes. Rendre la justice via des poursuites judiciaires est une autre solution pour le traitement du passé. En troisième lieu, il prend comme exemple l'expérience relativement réussie dans son propre pays, l'Afrique du Sud; il élabore les commissions de vérité et recommande l'utilisation des indemnités en échange des aveux de culpabilité. Sa dernière proposition se concentre aussi sur les commissions de vérité, mais un type de commission transformée, dans laquelle les coupables présumés des violations des droits de l'homme peuvent être jugés où quitter leurs emplois. Il offre seulement trois instruments ; les poursuites judiciaires, les commissions de vérité et les amnisties, dans le cadre de la justice rétributive et restauratrice contrairement aux catégorisations d'Andrieu et Teitel. Cependant il souligne aussi que le choix de l'instrument devrait dépendre des conditions politiques, économiques et historiques des pays en transition.²⁰⁷

Villa-Vicencio, l'ancien directeur de la Commission de Vérité de l'Afrique du Sud considère la justice transitionnelle en tant que processus dans lequel six couches différentes de la justice doivent être examinées. Il divise la justice rétributive en deux couches, la justice rétributive et la justice dissuasive. D'une part, la justice rétributive est expliquée comme l'alternative de la vengeance, d'autre part, il traite le caractère dissuasif des poursuites judiciaires dans le contexte de la justice dissuasive. Les aspects matériels, psychologiques et sociaux de la justice restauratrice sont considérés

²⁰⁶ Voir Ruti Teitel, *Transitional Justice*(2000)

²⁰⁷ Richard Goldstone, "Justice As a Tool for Peace-Making; Truth Commissions and International Criminal Tribunals", *N.Y.U. Journal of International Law and Politics*, Vol.28, 485, 1995-1996, p.492

en quatre sous-catégories : la justice indemnitaire, la justice de la réadaptation, la justice pour l'affirmation de la dignité humaine et la justice pour l'exonération.²⁰⁸

Les débats sur la sélection de l'instrument dominant la terminologie de la justice transitionnelle. Tandis que tous admettent que les conditions politiques, économiques, sociales et culturelles doivent être propices dans le processus de justice transitionnelle, il y aussi des tentatives d'explication de cette relation entre les Etats et la sélection de l'instrument de la justice transitionnelle d'une manière théorique.

Williams et Scharf utilisent la théorie du processus cognitif contextuel comme un cadre théorique pour expliquer le processus de la sélection de l'instrument de justice transitionnelle. Ils soulignent que le processus cognitif contextuel contribue à l'exploration des relations entre les Etats et les acteurs non-étatiques ainsi que de l'impact de ces relations sur la sélection de l'instrument de la justice transitionnelle. Ainsi, la nécessité d'un cadre théorique pour expliquer la sélection de l'instrument et l'impact des instruments sur le processus sont expliqués par les auteurs.²⁰⁹ La théorie du processus cognitif contextuel est basée sur trois points de départ. Premièrement, l'utilisation d'une approche, dépend des développements cognitifs comme l'identité et les intérêts de l'Etat ou des acteurs non-étatiques avec la contribution probable de l'instrument ainsi que la perception de l'obligation dans le choix d'un tel instrument. Ensuite, les facteurs internes et internationaux sont si importants sur le choix de l'instrument selon Williams et Scharf. Enfin, les auteurs soulignent le caractère permanent du processus de l'apprentissage et de son impact sur la décision de l'instrument.²¹⁰ Les Etats en tant qu'acteurs cognitifs ont leur propre identité qui est construite sur l'ensemble du modèle du gouvernement, de l'histoire politique, du pouvoir relatif des acteurs non-étatiques, des perceptions individuelles des leaders politiques, de la capacité matérielle de l'Etat et du rôle de la communauté internationale. C'est pourquoi ils choisissent les instruments de la justice transitionnelle qui peuvent contribuer à la stabilité de leur identité.²¹¹ Le processus de justice transitionnelle en Argentine dans les années 1980 qui a commencé avec les

²⁰⁸ Charles Villa-Vicencio, "Why Perpetrators Should Not Always Be Prosecuted: Where the International Criminal Court and Truth Commissions Meet", *Emory Law Journal*, Vol.49, 205, 2005, p.215

²⁰⁹ Paul R. Williams et Micheal P. Scharf, *Peace with Justice War Crimes and Accountability in the Former Yugoslavia*(2002), Rowman&Littlefield Publishing, Oxford, p.4

²¹⁰ Ibid., p.4-5

²¹¹ Ibid., p.5-6

poursuites judiciaires des militaires de l'ancien régime, n'a pas pu se développer à cause du rôle politique efficace des militaires dans la société. En outre, la conjoncture politique joue un rôle décisif sur le choix de l'instrument.²¹² L'intervention des autres Etats dans le processus, peut influencer les types d'instruments. Nous pouvons donner l'exemple du choix de la justice rétributive via les tribunaux ad hoc pour l'Ex-Yougoslavie et pour le Rwanda qui est lié aux perceptions politiques de la communauté internationale autant que les facteurs internes des Etats en transition. Enfin, le caractère progressif du processus de justice transitionnelle est influencé par les interactions entre les Etats et les autres acteurs nationaux et internationaux. Le choix de l'instrument peut être complété avec les instruments additionnels en fonction de la réussite du processus dans la mission de rendre la justice et de consolider la paix²¹³. A côté de la réussite de la Commission de la Vérité de l'Afrique du Sud, il y a encore des débats sur les méthodes de justice transitionnelle et sur les demandes pour les mesures additionnelles.

Minow souligne aussi l'impact de la conjoncture politique sur la justice transitionnelle et elle juxtapose les modalités de transition, le nombre de personnes influencées des violations des droits de l'homme et le rôle de la religion en tant que déterminants du choix de l'instrument. Elle ajoute ainsi que tous les instruments judiciaires et extra-judiciaires ont eux-mêmes des avantages et des désavantages dans la transition.²¹⁴

Il souligne très clairement qu'il y a une augmentation de tentatives sur la justice rétributive autant que dans les instruments de la justice restauratrice.²¹⁵ Cette augmentation dans les instruments de la justice transitionnelle peut être expliquée par le changement de paradigme dans le concept. Le compromis de la justice et de la paix dans le cadre de la justice transitionnelle fait multiplier les objectifs du processus à partir du début des années 1980. Depuis ce temps-là, la pénalisation des coupables présumés des violations des droits de l'homme, la fondation de la vérité, la consolidation de la démocratie libérale, la dissuasion, le développement de l'Etat de

²¹² Ibid., p.6-7

²¹³ Ibid., p.7

²¹⁴ Martha Minow, *Between Vengeance and Forgiveness*(1998), Beacon Press, Boston, p.4-5

²¹⁵ Voir Kathryn Sikkink (2011), *The Justice Cascade How Human Rights Prosecutions are Changing the World Politics* (la justice rétributive), Priscilla B. Hayner (2001) *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity* (les commissions de vérité), Pablo de Greiff (2006), *The Handbook of Reparations* (les réparations)

droit, l'amélioration des vies des victimes, la réconciliation nationale et internationale, la stabilité et la paix sont considérés tous ensemble comme les objectifs principaux de la justice transitionnelle.²¹⁶

La transformation du paradigme de *la transition à la démocratie en transition à la paix post-conflictuelle* provoque le grand débat téléologique sur la dichotomie *de facto* concernant les buts du concept. Le choix d'un instrument en transition post-conflictuelle porte diverses dynamiques par rapport au processus de la transition démocratique. Colson explique les risques de transition post-conflictuelle par trois principes. En premier lieu, il s'accroche sur la fin et les résultats du conflit et il explique les difficultés dans le processus de transition politique en cas d'absence d'un vainqueur ou d'un processus de médiation réussie, comme dans le cas de l'Ex-Yougoslavie. Ensuite, le caractère du conflit est considéré comme un grand déterminant dans le processus de transition à cause des facteurs expliqués par exemple par les guerres civiles comme le statut des groupes paramilitaires. Par exemple, l'amnistie est discutée pour ceux ayant commis des actes moins graves comme la rébellion ou le port illégal d'armes au début des négociations de l'accord de paix en Colombie. Néanmoins, les parties décident de juger les accusés des crimes les plus graves pendant le conflit. Pourtant après, l'amnistie *de facto* prévue pour les militants des forces armées révolutionnaires de Colombie (FARC) pendant le processus de paix, est traitée comme l'une des raisons du vote négatif pendant le référendum colombien le 2 octobre 2016. Enfin selon Colson, le processus de la justice transitionnelle est lié directement au niveau de destruction des violations des droits de l'homme et la justice n'est pas ignorée en cas de l'existence des crimes contre l'humanité.²¹⁷ Tous ces facteurs doivent être pris en considération lors de l'étape de l'instrumentalisation.

Les conditions dures du processus post-conflictuel causent la diversification des instruments pour répondre aux divers besoins des sociétés qui ont survécu à un conflit. Les besoins de justice inhabituelle produisent les méthodes restauratrices comme les commissions de vérité, les programmes de réparations, les réformes institutionnelles avec les instruments classiques de justice, les poursuites judiciaires. Leebaw explique la multiplication des instruments par le changement de paradigme au

²¹⁶ David P. Forsythe, op. cit., p.90

²¹⁷ Aurélien J. Colson, "The Logic of Peace and the Logic of Justice", *International Relations*, Vol. XV, No.1, April 2000, p.52

cours du développement conceptuel de la justice transitionnelle. Selon elle, les instruments se multiplient à partir des années 1980 avec la troisième vague de démocratisation. Elle affirme que les pays en voie de démocratisation ont besoin de la réconciliation à la fin des crises internes autant que la justice.²¹⁸ C'est pourquoi ils se sont orientés vers les instruments dans le cadre de la justice restauratrice au contraire de leurs prédécesseurs qui ont eu recours à la justice rétributive. L'existence d'un vainqueur distinct et le caractère interétatique ont facilité la prise de la décision des poursuites judiciaires après la Deuxième Guerre Mondiale. Par ailleurs, Long et Brecke pensent ainsi que les pays qui ont expérimenté une guerre civile tentent en premier lieu de créer une commission de vérité dans le cadre de la justice restauratrice et de réconcilier les parties du conflit pour la redéfinition des rôles sociaux.²¹⁹

La dichotomie *de facto* entre les buts de la justice transitionnelle est expliquée par les diverses perceptions des approches réalistes et libérales. Les réalistes affirment que punir les coupables présumés des violations des droits de l'homme n'est pas possible dans le cadre du système international. Cela est expliqué par l'existence d'un vainqueur ou d'une puissance qui réglemente tous les cas dans le système international et alors la justice pénale internationale est considérée comme la justice des vainqueurs ; comme dans le cas de Nuremberg. Selon Carr, la politique n'est pas une question d'éthique, il y a un concept en tant qu'éthique de la politique.²²⁰ Par exemple, Morgenthau n'a pas soutenu la fondation du Tribunal Pénal de Nuremberg et il a élaboré un plan impliquant la désindustrialisation de l'Allemagne et l'exécution sommaire des leaders nazis. Waltz parle même de l'élimination totale de la morale politique de la scène internationale pour éviter des conflits sanglants. De plus, il souligne que la politique internationale est basée sur le pouvoir, la lutte et l'accommodation contrairement à la politique interne formée de l'autorité, de l'administration et du droit. Le droit n'est pas applicable puisque l'anarchie prévaut dans la politique internationale.²²¹ La composition des tribunaux pénaux internationaux devrait refléter la distribution des pouvoirs dans la communauté

²¹⁸ Bronwyn Anne Leebaw, op. cit., p.99

²¹⁹ William J. Long et Peter Brecke, *War and Reconciliation: Reason and Emotion in Conflict Resolution*, 2003, Mass: MIT Press, Cambridge, p.31

²²⁰ E. H. Carr, *The Twenty Years' Crisis*, 1919-1939, Harper and Row, 1964, New York, p.64

²²¹ Kenneth N. Waltz, *Theory of International Politics*, Addison-Wesley, 1979, Lexington, p.111

internationale selon les réalistes comme dans le cas de Nuremberg²²², autrement dit les pays les plus puissants devraient avoir le parole sur la composition des tribunaux pénaux internationaux. Au contraire, les libéraux favorisent la justice rétributive dans le cadre des tribunaux pénaux internationaux. Bass juxtapose les buts de la justice rétributive prévus par les libéraux, comme la justice, l'établissement de la paix, la déclaration de la guerre hors la loi, l'établissement de la vérité et la mise en place des règles internationales. De plus, les libéraux soulignent que le devoir de juger est un principe éthique à appliquer en cas de violations des droits de l'homme. C'est pourquoi les poursuites judiciaires doivent être les instruments de la justice transitionnelle.²²³ Cependant, les arguments des réalistes aussi se concentrent sur la possibilité d'avoir un effet déstabilisateur des poursuites judiciaires pour la paix durable ou le risque de l'éclatement de la guerre ou la prolongation de guerre. D'une part, les réalistes considèrent la justice rétributive comme un obstacle sur la voie de la paix durable, d'autre part les libéraux ne peuvent pas considérer la paix comme durable faute de justice rétributive.

Les débats concernant les instruments de la justice transitionnelle sont basés sur l'importance relative des objectifs durant le processus de transition. La justice rétributive qui vise à punir les coupables présumés via les poursuites judiciaires dans le cadre du droit pénal, comporte des instruments judiciaires internes, internationaux et hybrides. D'une part, les défiances de chaque instrument de la justice rétributive causent l'apparence de l'autre instrument successivement, d'autre part le changement paradigmatique du concept aussi nécessite une approche plus complexe qui prend en considération les dimensions locales et internationales avec divers instruments. D'ailleurs la recherche pour l'alternative de la justice rétributive et la mise en place de la justice restauratrice est directement liée au processus de la justice transitionnelle post-confliktuelle où la réconciliation nationale et la paix deviennent les buts prioritaires avec la justice. Malgré les diverses classifications de la justice rétributive et restauratrice, nous allons analyser la justice rétributive en deux sous-groupes, les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* et les tribunaux hybrides. Ensuite la justice

²²² Gary Jonathan Bass, *Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crime Tribunals*, Princeton University Press, 2000, New Jersey, p.11

²²³ Ibid., p. 284

restauratrice va être élaborée à travers les instruments de commissions de vérité, de réparations et de réformes institutionnelles.

Section I : La justice rétributive

La justice rétributive se concentre sur le principe que l'homme doit être puni pour ce qu'il fait. Goti fait la distinction entre le rétributivisme positif et négatif. Tandis que le rétributivisme positif nécessite la punition de la personne qui viole la loi, le rétributivisme négatif souligne le principe de l'innocence et affirme que la personne qui n'est pas coupable ne doit pas être punie.²²⁴ Selon lui, le rétributivisme n'envisage pas la justification pour les sanctions criminelles. Il se concentre sur la pénalisation des coupables présumés, sur l'impact collatéral de la justice transitionnelle qui contient l'établissement de la paix et de la réconciliation collective et qui ne réside pas dans la définition stricte de la responsabilité de la justice rétributive. Minow fait référence aussi à la définition de la responsabilité de la justice rétributive, elle affirme que la réconciliation peut être seulement l'un des objectifs de la justice rétributive en théorie.²²⁵ De plus, elle définit le rétributivisme comme « *la vengeance freinée par l'intervention d'une personne autre que la victime en estimant la principe de proportionnalité du droit et les droits individuels* ». ²²⁶ Selon Minow la distinction entre la vengeance et la punition est indispensable pour expliquer le rôle des poursuites judiciaires dans le processus de justice transitionnelle. C'est pourquoi l'élimination du risque de la vengeance et de l'augmentation de violence, peut être réalisée grâce à la transmission de la responsabilité de l'attribution de culpabilité aux autorités judiciaires nationales ou internationales via des poursuites.

La justice rétributive est élaborée dans le cadre du principe de « *devoir de poursuivre* » dans la doctrine, autrement dit dans le contexte du droit à la justice. Fröhlich affirme que le droit international traite le « *devoir de poursuivre* » de trois différentes façons dans les traités internationaux.²²⁷ En premier lieu, ils font

²²⁴ Jaime Malamud-Goti, "Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?", *Human Rights Quarterly*, Vol.12, 1990, p.6

²²⁵ Martha Minow, op. cit., p.26

²²⁶ Ibid.,p.12

²²⁷ Anita Fröhlich, "Reconciling Peace with Justice: A Cooperative Division of Labour", *Suffolk Transnational Law Review*, Vol.30: 2, 271, 2006-2007, p.279

référence directement au « devoir de poursuivre » comme dans le texte de la *Convention contre la Torture et autres Peines ou Traitements Cruels, Inhumains ou Déggradants*.²²⁸ En outre, le Comité contre la Torture par exemple a décidé à la fin du recours des trois familles argentines que l'Argentine a violé les dispositions de la Convention contre la Torture à travers des lois intitulées « *del punto final* » et « *d'obéissance dûe* » qui ont accordé les amnisties aux personnes coupables des violations des droits de l'homme. Deuxièmement, tandis qu'il n'y pas le terme de « *devoir de poursuivre* » dans les traités, les Etats qui ne poursuivent pas les auteurs des violations des droits de l'homme, sont considérés comme des violateurs des traités.²²⁹ Selon Orentlicher, cet argument dépend de la perception des poursuites judiciaires en tant qu'instrument la plus efficace pour la protection des droits de l'homme.²³⁰ Même si le Pacte International relatif aux droits civils et politiques ne dispose pas de poursuites judiciaires, il donne lieu à un droit de recours pour les violations des dispositions du Pacte.²³¹ Enfin le « devoir de poursuivre » est élaboré comme une partie indispensable du droit au recours. Par exemple, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme indique que le droit à un recours rend obligatoire les poursuites judiciaires nationales à propos des violations des droits de l'homme.²³² Frölich souligne le caractère contraignant du droit international coutumier par rapport aux traités internationaux, car les traités sont contraignants seulement pour les parties qui les signent. La torture, les disparitions forcées et les exécutions extra-judiciaires

²²⁸ Article 4: 1. Tout Etat partie veille à ce que tous les actes de torture constituent des infractions au regard de son droit pénal. Il en est de même de la tentative de pratiquer la torture ou de tout acte commis par n'importe quelle personne qui constitue une complicité ou une participation à l'acte de torture.

2. Tout Etat partie rend ces infractions passibles de peines appropriées qui prennent en considération leur gravité, <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>, consulté le 15.09.2016

²²⁹ Anita Fröhlich, op. cit., p.280

²³⁰ Diane F. Orentlicher, « The Duty to Prosecute Human rights Violations of a Prior Regime », *The Yale Law Journal*, Vol.100, No.8, Symposium: International Law(June., 1991), p.2569

²³¹ Article 2 du Pacte International relatif aux droits civils et politiques : Par.3) Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à:

a) Garantir que toute personne dont les droits et libertés reconnus dans le présent Pacte auront été violés disposera d'un recours utile, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles;

b) Garantir que l'autorité compétente, judiciaire, administrative ou législative, ou toute autre autorité compétente selon la législation de l'Etat, statuera sur les droits de la personne qui forme le recours et développer les possibilités de recours juridictionnel;

c) Garantir la bonne suite donnée par les autorités compétentes à tout recours qui aura été reconnu justifié, <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>, consulté le 17.09.2016

²³² Article 8 de la Déclaration Universelle des droits de l'homme: Toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou par la loi, <http://www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/>, consulté le 15.09.2016

sont aussi interdits par le droit international coutumier.²³³ L'internalisation du principe de « devoir de poursuivre » par les Etats en tant que règle obligatoire du droit international coutumier est très difficile. Il est certain qu'il y a des dispositions contraignantes des traités des droits de l'homme et du droit international coutumier, mais la décision de poursuivre appartient aux Etats en transition politique. Et comment alors les Etats décident de poursuivre ou non ?

Snyder et Vinjamuri utilisent la méthode de Tony Higgins, un psychologue social, à travers l'analyse du processus de la prise de décision en élaborant les poursuites judiciaires. Sa méthode contient trois logiques différentes, la logique de la conformité, la logique des conséquences et la logique des émotions. Selon lui, une personne peut être consciente de la justesse de ses décisions en se posant trois questions ; si elle a les principes justes ou non, si elle aboutit aux conséquences justes ou non et finalement si tout est juste à propos de la morale. Snyder et Vinjamuri élaborent les poursuites judiciaires selon la méthode de ces trois logiques pour analyser leurs impacts sur le processus de justice transitionnelle.²³⁴

La logique de soutenir les principes justes est légitimée par certaines prévisions. Premièrement, la cascade de la responsabilité pénale concernant les crimes de guerre et des violations du droit humanitaire et des droits de l'homme, contribue à l'attribution de la responsabilité pénale aux individus au lieu des groupes. Ensuite selon la logique, si la plupart de la société internalise les principes de l'Etat de droit, comme la prohibition contre la torture et le génocide, un système de droit pénal international devient applicable. Cependant, Snyder et Vinjamuri n'acceptent pas cette logique et ils soulignent les perceptions différentes de justice sur les belligérants. Enfin, l'effet dissuasif des poursuites judiciaires est traité en tant que déterminant principal au sein du processus de prise de décision. En effet, l'absence des organismes de l'application empêche la capacité dissuasive des poursuites judiciaires comme dans le cas de TPIY qui n'a pas pu empêcher les violations des droits de l'homme pendant la guerre de Kosovo. Selon les auteurs malgré les prévisions des poursuites judiciaires, le besoin du soutien social est primordial pour que les principes soient justes.²³⁵

²³³ Diane Orentlicher, « The Duty to Prosecute Human rights... », p.2582

²³⁴ Jack Snyder et Leslie Vinjamuri, "Tirals and Errors Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice", *International Security*, Vol.28, No.3, Winter 2003/04, p.7-8

²³⁵ Ibid., p.8-12

Les conséquences probables sont utilisées pour expliquer le processus de la prise de décision instrumentale. L'attribution de la responsabilité individuelle avec l'établissement de l'Etat de droit nécessite une scène politique convenable aux poursuites judiciaires. Si les conséquences de la décision de poursuivre provoquent un risque à cause de l'opposition des élites politiques de l'ancien régime, qui sont encore efficaces dans la société, l'instrument de la justice transitionnelle doit être retiré. L'importance d'une transition assurée à la fin d'une négociation entre les parties, peut parfois rendre obligatoire la révision de la décision de justice rétributive comme dans le cas de l'Argentine à cause de la stabilité nationale politique. Les auteurs concluent en disant que l'institutionnalisation de la justice rétributive est difficile si les institutions politiques restent fragiles contre le risque d'une réaction hostile des groupes opposants.²³⁶

Pour résumer l'approche de Synder et Vinjamuri, la réussite des processus de la justice rétributive dépend des facteurs différents ; le contexte politique, économique, social ou culturel de l'Etat en transition. Il n'y a pas un plan strict concernant l'adaptation de ce genre dans tous les pays au sein du processus de justice transitionnelle. La capacité de tous les instruments de la justice transitionnelle est différente par rapport aux zones d'application. Les poursuites pénales dans le cadre de la justice rétributive ont des catégorisations spéciales. Les poursuites pénales aux niveaux national, international et hybride sont les sous-catégories des poursuites judiciaires, qui ont les mêmes avantages et désavantages en champ d'application.

Les arguments pour légitimer la punition dans le cadre du droit pénal national sont la rétribution, la dissuasion, la réhabilitation, la justice restauratrice, la communication, la condamnation et la solidarité sociale ; autrement dit les objectifs de la justice pénale. Pourtant ces objectifs sont acceptés aussi parmi les buts de la justice transitionnelle et à la priorité d'objectif qui dépend totalement du processus de la prise de décision à l'étape de l'institutionnalisation. Si les poursuites judiciaires dans le cadre de la justice pénale sont choisies en tant qu'instrument de la justice transitionnelle, les questions comme « qui doit être puni ? », « comment ils seront punis ? » et « pourquoi ils seront punis ? » construit l'essentiel des débats sur la justice

²³⁶ Ibid., p.12-15

pénale.²³⁷ Les poursuites judiciaires visent à punir les coupables d'une manière légitime, l'effet rétributif de la justice pénale est décisif par rapport à celui des instruments restauratrices. Même si la dissuasion est l'un des arguments de la justice rétributive, comme Bassiouni affirme, les poursuites judiciaires peuvent servir de dissuasion et empêcher alors l'apparition des nouvelles victimes. Pourtant les effets sont encore discutables.²³⁸ Comme la plupart des atrocités en Ex-Yougoslavie est apparue après la fondation du TPIY, il n'y a pas encore des recherches empiriques suffisantes sur ce sujet, qui soutient l'effet dissuasif des poursuites judiciaires. Le facteur de réhabilitation des poursuites judiciaires est aussi traité par les auteurs en faveur de la justice rétributive. Landsman affirme que la justice pénale contribue à l'établissement de l'Etat de droit et il ajoute « *l'attribution de la responsabilité individuelle à tout le monde démontre que l'autorité de justice est supérieure à celle des individus* ». ²³⁹ La reconnaissance de la vérité et d'un consensus national et international sur cette vérité aident aussi au processus de réhabilitation dans la société pendant les poursuites judiciaires.²⁴⁰ Comme nous traitons l'impact dissuasif de la justice pénale, son pouvoir de réhabilitation est comparé avec celui des instruments extra-judiciaires. D'une part la justice restauratrice, la communication, la condamnation et la solidarité sociale sont toujours abordées comme les buts de la justice pénale et d'autre part, l'attribution de la responsabilité individuelle et la punition des coupables des violations des droits de l'homme continuent à être parmi les objectifs prioritaires de la justice rétributive. L'enrichissement des instruments avec les méthodes extra-judiciaires est expliqué par l'impuissance restauratrice de la justice pénale. D'ailleurs la plupart des auteurs qui sont en faveur de la justice pénale se concentrent sur l'attribution de la responsabilité pénale individuelle, l'établissement de la vérité et l'impact dissuasif en tant que réussites envisageables de la justice pénale.²⁴¹ De plus, Teitel souligne le rôle de la justice pénale au cours de la

²³⁷ Miriam J. Aukerman, "Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice", *Harvard Human Rights Journal*, Vol.15, 39, 2002, p.54

²³⁸ M. Cherif Bassiouni, "Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability", *Law and Contemporary Problems*, Vol.59, No:4, p.18

²³⁹ Stephan Landsman, "Alternative Responses to Serious Human Rights Abuses: Of Prosecution and Truth Commissions", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 59, No. 4, Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights (Autumn, 1996), p.83

²⁴⁰ Paul Van Zyl, "Dilemmas of Transitional Justice: The Case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission", *Journal of International Affairs*, Spring 1999, 52, no. 2., p.658

²⁴¹ Voir Richard Goldstone, "Justice as a Tool...", p.488-490, Payam Akhavan, "Justice in The Hague, Peace in the Former Yugoslavia? A Commentary on the United Nations War Crimes Tribunal", *Human Rights Quarterly*, Vol.20, No.4, November 1998

consolidation de démocratisation et elle la traite comme un but prospectif des poursuites judiciaires avec l'établissement de l'Etat de droit. Cependant, elle croit que le message libéral sur la primauté des droits et des responsabilités individuelles est aussi apporté via la justice pénale.²⁴²

Comme nous l'avons déjà mentionné, les poursuites pénales nationales, internationales et hybrides sont les instruments essentiels de la justice pénale. Le choix d'instrument dépend des conditions nationales et internationales. Cependant il y a des exceptions où les tribunaux nationaux et internationaux jugent les coupables à la fois comme dans le cas de Rwanda et de l'Ex-Yougoslavie. D'une part, les carences légales et politiques dans les juridictions nationales par l'atrocité des violations des droits de l'homme causent la fondation des tribunaux internationaux *ad hoc* et hybrides. De l'autre côté, les nouveaux tribunaux internationaux contribuent à la jurisprudence du droit international humanitaire et des droits de l'homme et à la création de la Cour Pénale Internationale permanente. Alors qu'il y a plusieurs critiques concernant le rôle de la justice pénale au sein du processus de justice transitionnelle, la sélection des poursuites judiciaires en tant qu'instrument de justice transitionnelle dépend totalement des dynamiques de transition politique. En résumé, la justice transitionnelle est fondée sur cinq axes majeurs selon Hourquebie « *la poursuite en justice des auteurs des crimes ; initiatives en faveur de la recherche de la vérité en vue d'appréhender les violations commises par le passé ; réconciliation ; octroi de réparation aux victimes de violations des droits de l'homme ; et réforme des institutions judiciaires et politiques* ». ²⁴³ La dimension institutionnelle pour atteindre ces objectifs sur ces axes est construite en envisageant les besoins appropriées des Etats en voie de transition.

Les juridictions pénales nationales peuvent pénaliser dans le cadre du droit national les crimes commis dans le passé. D'autre part, en cas de l'incapacité du système juridique national, les instruments judiciaires *ad hoc* au plan international peuvent être établis pour juger les criminels dans le cadre d'un conflit particulier comme dans le cas de Rwanda et l'Ex-Yougoslavie. Enfin, les Etats en voie de transition instaurent les juridictions extraordinaires ou spéciales dans le cadre du droit national. Nous pouvons donner l'exemple des Chambres Spéciales pour les crimes de

²⁴² Ruti Teitel, *Transitional Justice...*, p.30

²⁴³ Fabrice Hourquebie, "La notion de Justice Transitionnelle a-t-elle un sens?", <http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC5/HourquebieTXT.pdf>, consulté le 20.09.2016

guerre commis en Bosnie, juridiction mixte qui se forme sous l'autorité du droit national et du droit international. Elles sont construites pour éviter les critiques qui sont adressés aux juridictions pénales nationales et internationales. Tandis qu'ils sont reflétés comme les alternatives au cadre de la justice rétributive, chacun a des avantages et désavantages spécifiques dans les Etats en transition.

Les tribunaux pénaux ad-hoc

La justice rétributive dans le cadre des poursuites pénales vise à attribuer la responsabilité pénale individuelle et par cela le but prioritaire de la justice transitionnelle qui se fonde sur la lutte contre l'impunité peut devenir une réalité. Cependant la dimension de la responsabilité pénale se multiplie à travers des questions comme « ils sont jugés par quels instruments ? », « qui sont jugés ? » et « ils sont jugés pour quels crimes ? ». Premièrement l'autorité de juger appartient aux institutions domestiques dans le contexte de la souveraineté nationale mais l'incapacité juridique matérielle et institutionnelle des pays sortant d'un conflit ou d'une crise politique ont causé l'établissement de tribunaux pénaux internationaux ad-hoc, des tribunaux hybrides et la Cour Pénale Internationale successivement au cadre de la justice rétributive. Cependant la sélection de l'instrument judiciaire ne devrait pas être exclusive. Une approche mixte peut être choisie comme dans le cas du Rwanda où les juridictions nationales et l'ICTR jugent les coupables pour les violations des droits de l'homme en raison du nombre extraordinaire des coupables présumés pour le génocide. De plus il y a des situations dans lesquelles les instruments judiciaires et extra-judiciaires sont utilisés ensemble ou successivement. Par exemple l'Argentine a préféré un instrument extra-judiciaire, CONADEP (Commission nationale sur la disparition des personnes) en 1983 au début du processus de justice transitionnelle et a publié le rapport intitulé *Nunca Mas* qui a recommandé les juridictions nationales envers les responsables des crimes commis durant la dictature militaire.

La décision de juger les responsables des violations des droits de l'homme dans les juridictions nationales est très compliquée. L'octroi d'amnisties comme au

Chili²⁴⁴, en Argentine²⁴⁵ ou en Colombie²⁴⁶ a été préféré d'abord en raison de la conjoncture politique par rapport aux méthodes de la justice rétributive. Dans la plupart des cas, des lois d'amnistie ont été promulguées par les anciens régimes avant de quitter le pouvoir. D'autre part, les amnisties octroyées par les gouvernements successeurs sont fondées sur un vœu de stabilité politique quand les élites politiques de l'ancien régime protègent leur statut politique dans la société en transition. Parfois malgré la préférence des instruments judiciaires du nouveau régime, le contexte économique et politique empêche la prise de mesures nécessaires pour des poursuites nationales.²⁴⁷ Les juridictions nationales peuvent légitimer le nouveau régime.²⁴⁸ La Commission d'experts qui a été créée pour examiner la situation au Rwanda par la résolution 935(1994) du Conseil de Sécurité a fait des recommandations sur les avantages probables des juridictions nationales et des juridictions internationales. D'une part, elle a favorisé les deux types d'une manière différente et elle a expliqué « les avantages et inconvénients comparés des poursuites relatives à des crimes internationaux selon qu'elles ont un caractère international ou national » dans sa lettre adressée au Conseil de Sécurité :

« 133. La Commission d'experts tient à réaffirmer qu'elle est fermement en faveur de la création d'un tribunal criminel international (ou éventuellement de l'élargissement de la compétence d'un tribunal existant) chargé de poursuites individuelles sur la base du droit international. Elle considère qu'un tribunal international serait mieux à même qu'un tribunal national de poursuivre les personnes ayant commis des crimes relevant du droit international au Rwanda pendant la période du 6 avril au 15 juillet 1994, pour les raisons qu'elle exposera ci-après. »

²⁴⁴Loi d'amnistie en Chili : Le régime Pinochet en 1978 a adopté un décret adopté pour empêcher que les personnes soupçonnées d'avoir commis des violations des droits humains entre le 11 septembre 1973 et le 10 mars 1978 ne soient traduites en justice, <https://www.amnesty.org/fr/latest/news/2015/09/chile-amnesty-law-keeps-pinochet-s-legacy-alive/>, consulté le 20.09.2016

²⁴⁵Loi de "Point final" et du "Devoir d'obéissance" en Argentine : Elles avaient été votées en 1986 et 1987 pendant l'administration du président radical Raul Alfonsín, sous la pression des militaires. Les lois ont permis aux militaires, coupables d'atteintes aux droits de l'homme sous la dernière dictature (1976-1983), d'échapper à la justice, http://www.lemonde.fr/ameriques/article/2005/06/14/la-cour-supreme-d-argentine-declare-les-lois-d-amnistie-inconstitutionnelles_662147_3222.html, consulté le 20.09.2016

²⁴⁶Loi de "Justice et Paix" en Colombie : Elles ont été promulguées en 2005 et elle a permis aux paramilitaires de bénéficier de peines de prison réduites et de se réinsérer dans la vie civile, à condition d'avouer leurs crimes, <https://www.cairn.info/revue-mouvements-2008-1-page-88.htm>, consulté le 20.09.2016

²⁴⁷Martha Minow, op. cit., p.28

²⁴⁸Neil J. Kritz, "Coming the Terms with Atrocities: A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights", *Law and Contemporary Problems*, Vol.59, No.4, Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights (Autumn, 1996), p.133

134. On pourrait arguer qu'un tribunal national serait peut-être plus sensible à l'aspect individuel et répondrait mieux aux besoins de la communauté locale car il siègerait vraisemblablement à l'endroit ou à proximité de l'endroit où les violations alléguées auraient été commises. On pourrait dire encore que le fait qu'un tribunal national soit saisi de ces affaires faciliterait le rassemblement des éléments de preuve et les visites sur les lieux où se seraient produites des atrocités. On pourrait soutenir enfin que l'issue des affaires jugées à l'échelle nationale aurait, dans certains cas, une force symbolique plus grande et plus immédiate, car les verdicts seraient rendus par des tribunaux agissant dans un milieu qui leur est familier, alors qu'il pourrait, en revanche, sembler qu'un tribunal international soit trop éloigné de la communauté particulière au nom de laquelle il agirait. »²⁴⁹

D'autre part la Commission a énoncé les inconvénients des juridictions nationales et les avantages des juridictions internationales. Premièrement la brutalité des événements au Rwanda entre le 6 avril et le 15 juillet 1994 peuvent causer la dégénération en vengeance des poursuites nationales en cas de l'absence d'un procès équitable en raison de l'histoire émotionnelle et politique. Pourtant un tribunal pénal international peut assurer comme La Haye « l'objectivité, l'indépendance et l'impartialité » grâce à sa distance entre le lieu du tribunal et les pays en question. De plus selon la Commission, la situation au Rwanda comme en Ex-Yougoslavie était une menace contre la paix et la sécurité de la communauté internationale c'est pourquoi les poursuites internationales qui contribuent au développement du droit pénal devraient être préférées en raison de son impact dissuasif dans le cadre de la justice rétributive. Enfin la Commission a recommandé d'étendre la juridiction du TPIY pour les crimes commis au Rwanda pendant la période du 6 Avril au 15 Juillet 1994 plutôt que d'établir un nouveau tribunal ad-hoc.²⁵⁰

Il y a seulement deux exemples de l'établissement d'un tribunal pénal international ad-hoc par le Conseil de Sécurité, le Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie en 1993 et le Tribunal Pénal International pour le Rwanda en 1994 en vertu du Chapitre VII de la Charte de l'ONU.²⁵¹ La plupart des conflits où il y a des

²⁴⁹Lettre de la Commission d'experts pour le Rwanda(04.10.1994) adressée au Conseil de Sécurité, http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/1994/1125, consulté le 22.09.2016, p.29-30

²⁵⁰Ibid., p.30-31

²⁵¹Chapitre VII de la Charte de l'ONU: Article 51-Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte,

crimes de guerre comme la guerre Iran-Irak n'a pas abouti à la création d'un tribunal pénal international. La création d'un tribunal pénal international dépend autant des préférences juridiques que des intérêts politiques des Etats qui prennent la décision de l'établissement. D'une part les tribunaux sont créés pour rendre la justice, d'autre part ils sont perçus comme les instruments artificiels de la communauté internationale pour faire justifier la non-intervention. Le rôle des tribunaux au processus de la justice transitionnelle est encore discuté du point de vue de leurs raisons d'être. La communauté internationale a octroyé deux rôles à la justice transitionnelle : la justice et la réconciliation nationale par la création des tribunaux pénaux internationaux ad-hoc.

Nous examinons le TPIR, l'un des tribunaux pénaux internationaux ad-hoc dans cette section parce que le TPIY sera élaboré dans le dernier chapitre en tant qu'étude de cas de la thèse. Le TPIR a moins attiré l'attention que le TPIY. Cet écart peut être expliqué par l'intérêt politique limité de la communauté internationale en l'Afrique, et la proximité politique de la région de l'Ex-Yougoslavie par rapport au Rwanda. De plus la localisation des tribunaux a joué un rôle décisif dans les perceptions des juridictions. Le TPIY établi au cœur de l'Europe à La Haye, attire plus l'attention que son homologue rwandais qui se situe à Arusha en Tanzanie.

L'établissement du Tribunal pénal international pour le Rwanda

Le Rwanda est devenu indépendant en 1962. Le pays est composé de trois ethnies, à savoir les Hutus (84%), les Tutsis (15%) et les Twa (1%). Les relations entre les deux principales ethnies ont toujours été tendues ; elles remontent à l'administration coloniale par la Belgique et l'Allemagne. Le Rwanda avec le Burundi était une partie de l'Afrique orientale allemande de 1894 à 1918. A partir de 1918, le Rwanda est passée sous tutelle belge avec le système des mandats de la Société des Nations Unies.

L'administration belge favorisait majoritairement de Tutsis, excluant les Hutus des positions publiques et de l'enseignement supérieur. Pourtant jusqu'à ce moment-là, c'est-à-dire jusqu'à la fin de la Première Guerre Mondiale, les Hutus et les Tutsis

d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales.

qui parlent la même langue, le Kinyarwanda, ont partagé une culture commune qui se basait sur les chansons, la danse, la poésie et la rhétorique²⁵². Malgré ces relations étroites, l'officialisation du système ethnique de l'administration belge par la mention, à partir de 1933, de l'affiliation ethnique sur les cartes d'identité n'a fait qu'accentuer la position prioritaire des Tutsis face aux Hutus²⁵³. La Belgique a officialisé le statut déjà existant entre les Tutsis et les Hutus : les Tutsis étaient perçus comme les élites de la société rwandaise en raison de leur possession en bétail et les Hutus étaient perçus comme subordonnés à ces premiers de par leur position de cultivateur²⁵⁴.

La violence ethnique entre les Tutsis et les Hutus a commencé en 1959 avec l'incident de Dominique Mbonyumutwa, sous-chef administratif Hutu d'une province centrale du Rwanda, le Gitarama, qui s'est fait battre à mort par les Tutsis. Cet incident a engendré des soulèvements parmi les Hutus contre les Tutsis²⁵⁵. La révolution sociale qui a suivi a continué au niveau politique avec le changement politique au sein de la puissance coloniale. En effet, la Belgique, sous la direction du Colonel Guy Logiest, a pris position en faveur des Hutus au cours de la révolution sociale allant ainsi à l'encontre du système administratif acceptant la supériorité des Tutsis. Le manifeste Hutu rédigé en 1957 par des intellectuels Hutu et soulignant l'importance de la volonté de la majorité au sein des démocraties a donné les premiers signes de la révolution des Hutus²⁵⁶. Le colonel Logiest a apporté, en 1960, son soutien aux Hutus en remplaçant au niveau national et local, les chefs Tutsis par des chefs Hutus. Le Rwanda a accédé à l'indépendance en juillet 1962 avec la nomination de Gregoire Kayibanda en tant que nouveau Président du Rwanda²⁵⁷.

Gregorie Kayibanda a dirigé le Rwanda jusqu'en juillet 1973. Lui a succédé le General Juvénal Habyarimana qui a pris le pouvoir par un coup d'Etat en 1973. Tandis que Habyarimana défendait la supériorité ethnique des Hutus, Kayibanda a essayé de suivre, dès 1990, une voie plus réconciliatrice pour deux raisons principales. Les Tutsis qui ont fui vers l'Uganda après le soulèvement de 1959 ont formé le Front Patriotique Rwandais (FPR). Le FPR a alors entamé une politique d'agression contre les Hutus

²⁵² Allison Liebhafsky Des Forges, *"Leave None to Tell the Story": Genocide in Rwanda*, Human Rights Watch, 1999, New York, p.31

²⁵³ Ibid., p.35

²⁵⁴ Ibid., p.32

²⁵⁵ Philip Gourevitch, *We Wish to Inform You That Tomorrow We Will Be Killed with Our Families: Stories from Rwanda*, Farrar, Straus et Giroux, 1998, New York, p.37

²⁵⁶ Ibid., p.38

²⁵⁷ Ibid., p.39

afin d'obtenir des droits sociaux et politiques pour les exilés Tutsis. Le FPR a été soutenu d'une part, par l'Uganda et d'autre part les forces françaises, belges et zaïroises ont soutenu le gouvernement rwandais. Par ailleurs, en raison des aides financières fournies pour encourager le processus de démocratisation, Habyarimana a préféré entamer, en juin 1992, les négociations avec le FRP. Ces négociations ont abouti à la signature des accords d'Arusha en août 1993²⁵⁸. Pourtant la situation s'est détériorée après que l'avion des Présidents rwandais et burundais aient été abattus à Kigali le 6 Avril 1994. Après cette date les milices extrémistes Hutu ont commencé à attaquer les Tutsi. D'une part les Hutus ont affirmé que le Front Patriotique Rwandais(FPR)²⁵⁹ a conduit une politique d'agression contre les Hutus depuis 1990, d'autre part certaines soutiennent que les Hutus ont préparé le génocide des Tutsis depuis un an. ²⁶⁰ Dix Casques Bleus belges ont été assassinés au lendemain de l'accident du Président rwandais quand la plupart des Casques Bleus s'étaient retirés à l'époque. Cet évènement a renforcé la position du FRP et des Tutsis. 800.000 Tutsis ont été massacrés en trois semaines. Enfin l'opération turquoise de l'ONU a finalement commencé le 17 Mai 1994 avec les 2500 soldats français par la résolution 929 le 23 juin 1994.²⁶¹ Auparavant plusieurs résolutions du Conseil de Sécurité ont permis l'établissement de la Mission des Nations unies pour l'assistance au Rwanda (MINUAR), avec l'imposition d'un embargo au Rwanda ou l'instauration d'une

²⁵⁸ Nicholas J. Wheeler, *"Saving Strangers Humanitarian Intervention in International Society"*, Oxford University Press, 2003, New York, p.211

²⁵⁹Front Patriotique Rwandais(FPR) : Le mouvement de guérilla puis parti politique, apparaît officiellement en décembre 1987, <http://www.sciencespo.fr/mass-violence-war-massacre-resistance/fr/document/fprapr-front-patriotique-rwandais-et-arma-e-patriotique-rwandaise>

²⁶⁰http://www.liberation.fr/planete/1999/04/07/rwanda-l-armee-main-d-oeuvre-du-genocide-pour-alison-desforges-de-human-rights-watch-le-massacre-eta_270571, consulté le 23.09.2016

²⁶¹Résolution 929 du Conseil de Sécurité: Considérant que l'ampleur de la crise humanitaire au Rwanda constitue une menace à la paix et à la sécurité dans la région,1. Accueille favorablement la lettre du Secrétaire général en date du 19 juin 1994 (S/1994/728) et donne son accord à ce qu'une opération multinationale puisse être mise sur pied au Rwanda à des fins humanitaires jusqu'à ce que la MINUAR soit dotée des effectifs nécessaires; 2. Accueille favorablement aussi l'offre d'États Membres (S/1994/734) de coopérer avec le Secrétaire général afin d'atteindre les objectifs des Nations Unies au Rwanda par la mise en place d'une opération temporaire, placée sous commandement et contrôle nationaux, visant à contribuer, de manière impartiale, à la sécurité et à la protection des personnes déplacées, des réfugiés et des civils en danger au Rwanda, étant entendu que le coût de la mise en oeuvre de cette offre sera à la charge des États Membres concernés; 3. Agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, autorise les États Membres coopérant avec le Secrétaire général à mener l'opération décrite au paragraphe 2 ci-dessus, en employant tous les moyens nécessaires pour atteindre les objectifs humanitaires énoncés aux alinéas a) et b) du paragraphe 4 de la résolution 925 (1994), [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/929\(1994\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/929(1994)), consulté le 23.09.2016, p.2

cessez-le feu depuis 1993.²⁶² L'intervention tardive de l'ONU via l'Opération Turquoise a réussi à contribuer à un sauvetage partiel des Tutsis durant le dernier mois du génocide. La brutalité des violations des droits de l'homme a nécessité une solution pour punir les responsables du génocide rwandaise. Comme nous l'avons vu dans lettre de la Commission d'experts, cette solution était la création du Tribunal pénal international pour le Rwanda le 8 novembre 1994 par la résolution 955 du Conseil de Sécurité.²⁶³

La compétence du Tribunal pénal international pour le Rwanda(TPIR) se fondait sur les responsabilités limitées dans le temps, dans l'espace et en matière de nationalité. Puisque les limites de temps, de l'espace et de la nationalité ont été déterminées spécifiquement par que le TPIR soit « chargé uniquement de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins, entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994 » dans la résolution 955 du Conseil de Sécurité. Bazelaire et Cretin affirment que le caractère ad-hoc du TPIR par rapport à son homologue le TPIY est plus évident en analysant les responsabilités limitées.²⁶⁴

Le TPIR a été établi du fait de la demande du gouvernement rwandais contrairement au TPIY où le gouvernement yougoslave n'a pas agi. Le Conseil de Sécurité a déclaré l'établissement d'un tribunal pénal pour que la réconciliation nationale soit assurée. « La réconciliation nationale des Rwandais ne pourra s'achever que si nous pouvons organiser une justice équitable et assurer aux survivants que ce qui vient d'arriver ne se reproduira plus » comme elle est mentionnée dans le document

²⁶²Voir les résolutions du Conseil de Sécurité: Les Résolutions 812(1993), 846(1993), 872(1993), 891(1993), 893(1994), 909(1994), 912(1994), 918(1994), 925(1994), 928(1994), <http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/past/unamirFT.htm>, consulté le 28.09.2016

²⁶³Résolution 955 du Conseil de Sécurité : « Agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, 1. Décide par la présente résolution, comme suite à la demande qu'il a reçue du Gouvernement rwandais (S/1994/1115), de créer un tribunal international chargé uniquement de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins, entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994, et d'adopter à cette fin le Statut du Tribunal criminel international pour le Rwanda annexé à la présente résolution; », http://www.unmict.org/specials/ictr-remembers/docs/res955-1994_fr.pdf?q=ictr-remembers/docs/res955-1994_fr.pdf, consulté le 28.09.2016, p.2

²⁶⁴Jean-Paul Bazelaire et Thierry Cretin, op. cit., p.59

de l'ONU.²⁶⁵ Bakuramutsa, la représentante du Rwanda au Conseil de Sécurité a légitimé la demande du gouvernement rwandais pour un tribunal pénal par cinq raisons :

« Premièrement le Gouvernement rwandais entendait vouloir associer la communauté internationale, elle aussi meurtrie par le génocide et les graves et massives violations du droit humanitaire international, et augmenter l'exemplarité d'une justice qui aurait toutes les apparences de neutralité et d'équité ;

Deuxièmement, le Gouvernement a fait appel à la présence de la communauté internationale pour éviter qu'on le soupçonne de vouloir organiser une justice expéditive et vengeresse ;

Troisièmement, le Gouvernement rwandais a demandé, et soutient fermement, la mise en place d'un tribunal international, car celui-ci permettrait d'atteindre plus facilement ceux des criminels qui ont trouvé refuge dans des pays étrangers ;

Quatrièmement, le génocide commis au Rwanda est un crime contre l'humanité et mérite d'être réprimé par la communauté internationale tout entière ;

Cinquièmement, le Tribunal aiderait à la réconciliation nationale et à la reconstruction d'une nouvelle société fondée sur la justice sociale et le respect des droits fondamentaux de la personne; tout cela n'est possible que si les responsables de la tragédie rwandaise sont traduits en justice ». ²⁶⁶

La demande du gouvernement rwandais se fondait spécifiquement sur les buts de la justice transitionnelle, la lutte contre l'impunité et la réconciliation nationale. Le TPIR était considéré comme un instrument du processus de transition politique par le gouvernement. Cependant malgré sa perception et sa demande, le gouvernement rwandais a voté contre la Résolution 955 établissant le Tribunal pénal au Conseil de Sécurité.²⁶⁷ Les perceptions différentes de la communauté internationale et du Rwanda ont été mis en évidence au cours du vote de la résolution. Selon le gouvernement rwandais la compétence *ratione temporis* de la juridiction internationale devrait inclure la période antérieure à 1959. De plus l'existence de la peine capitale au Rwanda à l'époque a causé un risque relatif d'inégalité juridique entre les juridictions

²⁶⁵Document Officiel du Conseil de Sécurité de l'ONU 49e année, 3453e séance, Doc. NU S/PV.3453 (1994),

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/PV.3453&referer=http://www.un.org/en/sc/meetings/records/1994.shtml&Lang=F, consulté le 30.08.2016, p.8

²⁶⁶Ibid., p.15

²⁶⁷Le Rwanda était un membre non-permanent du Conseil de Sécurité entre 1994-1995

nationales et internationales. Enfin la décision d'installer le tribunal à Arusha en Tanzanie a déçu le gouvernement rwandais qui souhaitait obtenir un rôle de réconciliateur de la société. Le gouvernement a déclaré que la proximité du Tribunal aux victimes est primordiale pour la réconciliation nationale, la cohésion sociale et la réputation du tribunal au processus de justice transitionnelle. Et l'argument du TPIR était un souci d'objectivité et de sécurité, sans-parler de pressions politiques possibles. Le TPIR croit plus en l'attribution de la responsabilité pénale individuelle qu'en l'attribution –d'une responsabilité d'un groupe ethnique comme responsable des violations des droits de l'homme contribuent suffisamment à la réconciliation nationale. En outre le gouvernement rwandais n'était pas satisfait de la composition et de la structure du Tribunal parce qu'il devrait partager le procureur et la chambre d'appel avec le TPIY.²⁶⁸ Dans ce sens, notons que le TPIR a été établi par la Résolution 955 du Conseil de Sécurité malgré l'opposition du Rwanda.

Dumas explique le choix des poursuites judiciaires de la communauté internationale au Rwanda par quatre facteurs spécifiques. Le premier de ces facteurs est le rôle de la population dans le conflit et sa participation extraordinaire au processus du conflit. Selon elle, la justice rétributive est impérative dans cette problématique de vivre ensemble. La qualification des faits en génocide fonde la mise en place d'un tribunal pénal international ad-hoc. De plus elle affirme que le processus de la planification institutionnelle du génocide a empêché d'envisager une solution autre que les poursuites judiciaires internationales.²⁶⁹ Enfin elle souligne l'importance de la participation de la population du point de vue des relations particulières entre les victimes et les criminels et elle définit les événements comme « les massacres se déroulant au cœur des communautés de voisinage ».²⁷⁰ C'est pourquoi une solution autre que la justice rétributive a été éliminée immédiatement. D'une part le choix de l'établissement d'un tribunal pénal ad-hoc au Rwanda peut être légitimé par les conditions appropriées à la guerre rwandaise, d'autre part ils peuvent être soutenus par les avantages de la justice pénale internationale comme l'impartialité, l'indépendance, la crédibilité ou la légitimité.

²⁶⁸Jean Marie Kamatali, "The Challenge of Linking International Criminal Justice and National Reconciliation: the Case of ICTR", *Leiden Journal of International Law*, Vol.16(2003), p.117

²⁶⁹Hélène Dumas, "Histoire, Justice et Réconciliation: Les Juridictions Gacaca au Rwanda », *Mouvements*, 2008/1, No :53, p.111

²⁷⁰Hélène Dumas, "Rwanda: Comment Juger un Génocide?", *Politique Etrangère*, 2015/4(Hiver), p.46

Richard Goldstone a été nommé procureur général du TPIY et du TPIR en novembre 1994. Le tribunal a été installé à Arusha, en Tanzanie le 27 Juin 1995 mais les juges n'ont été désignés qu'en avril 1995 et ils ont commencé à travailler à partir de Septembre 1996. Le TPIR a retenu les crimes du génocide (Art.2 du Statut), les crimes contre l'humanité (Art.3 du statut) et les violations de l'Article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et au protocole additionnel (Art.4).²⁷¹

La procédure du tribunal est inspirée du système anglo-saxon. Les victimes ne peuvent alors participer au procès qu'avec le statut de témoin. Autrement dit, seul le procureur pouvait saisir le Tribunal. De plus les juges nommés n'avaient pas visité le Rwanda avant et ils ne pouvaient pas parler la langue du Rwanda, le kinyarwanda, quand la majorité du peuple rwandais ne pouvait pas parler une langue étrangère. Malgré les conditions non-favorables pour la justice et la réconciliation, les mandats d'arrêt ont été lancés à partir de l'installation du Tribunal. Le TPIR a pu juger seulement les principaux instigateurs du génocide en prenant en considération la participation de la population dans des nombres extraordinaires.

La légalité et la légitimité de la juridiction du TPIR ont été discutées vis à vis du caractère politique et ingérant de ce procédé judiciaire à la suite des allégations de la défense à l'arrêt de Joseph Kanyabashi en 1995 sur la nature nationale et intra-étatique du conflit. Autrement dit elle a réclamé que le Tribunal n'avait pas la compétence *rationae materiae* à l'égard des crimes au cours d'un conflit armé national. Le Tribunal se prononçait sur la question de la compétence *rationae*

²⁷¹ Article 3 des Conventions de Genève (art.4 du Protocol Additionnel) : « En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenu d'appliquer au moins les dispositions suivantes :

1) Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue.

A cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus :

a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices ;

b) les prises d'otages ;

c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants ;

d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés. », <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/48f761e1a61e194b4125673c0045870f/e8acc1a1e2a34f5fc1256414005deecce>, consulté le 01.10.2016

materiae et il a déclaré que l'établissement du TPIR fonde sur le risque du débordement des réfugiés et des insurgés en dehors du Rwanda et des menaces déstabilisatrices pour les pays voisins et la paix internationale.²⁷² En réalité le fait de juger les leaders des Etats pour les crimes contre leurs citoyens est contraire au principe de non-ingérence dans les affaires intérieures et de la souveraineté nationale. L'internationalisation du traitement judiciaire pose la remise en question de l'impact des tribunaux au-delà leur légitimité et leur légalité en termes de concept de la justice transitionnelle.

Enfin le TPIR a incriminé 93 personnes pour des violations des droits de l'homme au Rwanda en 1994 dont 61 ont été condamnées. 14 personnes ont été acquittées et le TPIR a renvoyé 10 personnes devant les juridictions nationales au Rwanda. De plus il a retiré les actes d'accusation pour deux personnes. Cependant trois personnes sont mortes pendant le procès. Le dernier jugement du TPIR dans l'affaire Ngirabatware a été rendu le 20 décembre 2012. Le TPIR a terminé ses fonctions officiellement le 31 décembre 2015. Il y a encore sept fugitifs dont trois, Félicien Kabuga, Protais Mpiranya et Augustin Bizimana, devraient être jugés par le mécanisme pour les Tribunaux internationaux qui est créé par le Conseil de Sécurité le 22 décembre 2010 pour accomplir les fonctions résiduels de deux tribunaux ad-hoc, TPIY et TPIR. Les autres sept fugitifs sont, Fulgence Kayishema, Charles Sikubwabo, Aloys Ndimbati, Ryandikayo, et Phénéas Munyarugarama.

Le TPIR a jugé les personnes par catégorie considérant le grand nombre des personnes qui ont participé aux violations des droits de l'homme. Selon Kamatili les détenus ont été divisés en six groupes. Le premier a contient les anciens leaders politiques. Les leadeurs militaires ont formé le second groupe parmi les détenus. D'une part quatre personnes qui travaillaient dans les médias ont été jugées. D'autre part les élites religieuses ont composé le quatrième groupe. Enfin le TPIR a jugé les autorités locales et les personnes importantes en dernier.²⁷³ La position privilégiée de ces personnes dans la communauté rwandaise a induit leurs accusations. La catégorisation du TPIR peut être analysée d'une manière positive dans le cadre de la réconciliation nationale parce que la traduction en justice de ces individus avait pu être réalisée

²⁷²Neil J. Kritz, "The Rwanda Tribunal and its Relationship to National Trials in Rwanda", *American University International Law Review*, no.6(1998), p.1477

²⁷³Jean Marie Kamatali, op. cit., p.126-127

grâce au caractère international du TPIR. De plus la stigmatisation des anciennes élites politiques via les poursuites judiciaires internationales peut contribuer à la réconciliation nationale.

La garantie de la réconciliation nationale grâce au TPIR n'était pas facile au Rwanda. Premièrement l'attribution de la responsabilité pénale individuelle dans « les massacres au cœur des communautés voisines » ne peut pas retirer la responsabilité collective. D'ailleurs il y avait une division ethnique dans la société du Rwanda et même le statut du TPIR a fait référence à cette division ethnique dans le cadre du génocide. L'Article 2 du statut du TPIR a défini le génocide par l'existence d'un autre groupe national comme suit :

- « 2. Le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :
- a) Meurtre de membres du groupe;
 - b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;
 - c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
 - d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;
 - e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe²⁷⁴. »

En dehors du crime du génocide, l'Article 3 portant sur les crimes contre l'humanité souligne le caractère discriminatif des crimes commis contre un autre groupe « le Tribunal international pour le Rwanda est habilité à juger les personnes responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis dans le cadre d'une attaque généralisée et systématique dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit, en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse... »²⁷⁵ Le terme « génocide » pour les événements au Rwanda a été utilisé pour la première fois par la communauté internationale par le Rapporteur des Nations unies pour les Droits de l'Homme le 28 juin 1994. Degni-Segui a défini la nature du conflit comme « les faits incriminés revêtent une triple nature : un génocide résultant des massacres des Tutsis, des assassinats politiques de Hutus, et des atteintes diverses aux droits de l'homme ». De plus il a déclaré dans son rapport que « les conditions prescrites par la Convention

²⁷⁴http://w.unictr.org/sites/unictr.org/files/legal-library/100131_Statute_en_fr.pdf, consulté le 01.10.2016, p.60

²⁷⁵http://w.unictr.org/sites/unictr.org/files/legal-library/100131_Statute_en_fr.pdf, consulté le 01.10.2016, p.62

de 1948 sont ainsi réunies et le Rwanda, y ayant accédé le 16 avril 1976, est tenu d'en respecter les principes qui se seraient imposés même en dehors de tout lien conventionnel, puisqu'ils ont acquis valeur coutumière. De l'avis du Rapporteur spécial, la qualification de génocide doit être d'ores et déjà retenue en ce qui concerne les Tutsis. Il en va différemment de l'assassinat des Hutus». ²⁷⁶ Le statut des Tutsis en tant que victimes du génocide a été reconnu. De cette façon la distinction ethnique au Rwanda était concrétisée par le jugement dans l'affaire Akayesu, « la Chambre a établi qu'une attaque généralisée et systématique avait été perpétrée contre la population civile tutsie à Taba et plus généralement au Rwanda, entre 7 avril et la fin de juin 1994 ». En outre la Chambre a connu les Tutsis en tant que groupe ethnique séparé dans le jugement d'affaire Akayesu : « A la lumière des éléments portés à sa connaissance durant le procès, la Chambre considère que les Tutsi constituaient, au Rwanda en 1994, un groupe dénommé ethnique dans les classifications officielles ». ²⁷⁷

La culture de l'impunité dominante au Rwanda était le facteur le plus important qui a incité la création d'un tribunal pénal international qui peut attribuer la responsabilité pénale aux criminels présumés. Tandis que la réconciliation est visée par l'établissement du Tribunal, la réalisation de ce but était peu probable du fait du nombre de personnes ayant participé au génocide, à la brutalité des violations des droits de l'homme et du droit humanitaire, à la nature du conflit et aux relations étroites entre les auteurs des violations et les victimes. D'ailleurs la décision de créer un tribunal pénal international se fonde sur le caractère unique du conflit rwandais. Nous pouvons comprendre l'établissement du tribunal pour l'Ex-Yougoslavie d'une manière similaire avec celle du TPIR. Les caractéristiques des deux conflits au Rwanda et en Ex-Yougoslavie sont la brutalité des crimes, la division ethnique dans la société ou les relations étroites entre les deux parties du conflit. Ces similitudes permettent de comprendre l'instauration d'un tribunal pénal international malgré les différences politiques, économiques, sociales et culturelles de deux pays. La justice transitionnelle

²⁷⁶Rapport sur les questions relatives aux droits de l'homme : Situations relatives aux droits de l'homme et rapports des rapporteurs et représentants spéciaux, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N94/398/85/PDF/N9439885.pdf?OpenElement>, consulté le 01.10.2016

²⁷⁷Procureur c.Jean Paul Akayesu, TPIR-96-4-T, les paragraphes 695-702 du jugement du TPIR, Chambre I(2 Septembre 1998), <http://unictr.unmict.org/sites/unictr.org/files/case-documents/ict-96-4/trial-judgements/fr/980902-1.pdf>, consulté le 02.10.2016

post-conflictuelle se fonde sur la lutte contre l'impunité et la réconciliation nationale. Les tribunaux pénaux internationaux ad-hoc ont contribué à la lutte contre l'impunité bien plus qu'à la réconciliation nationale. Par ailleurs Desportes et les Gunehec affirment que la réussite de la fonction expressive des tribunaux ad-hoc qui dépend de la condamnation et de la poursuite contre les crimes internationaux était plus évidente que la fonction répressive.²⁷⁸ En outre la réussite des tribunaux internationaux réside dans la création d'une culture de la lutte contre l'impunité. Selon Kamatili la justice internationale reste sous la tutelle du droit international et des acteurs internationaux mais la réconciliation nationale est considérée comme une activité domestique à maîtriser par les règles, les pratiques et les conceptions domestiques. Autrement dit la contribution d'un instrument international à la réconciliation nationale demeure limitée à cause de la spécificité domestique de la réconciliation nationale. L'instrument international devrait répondre aux besoins de la société sortant du conflit par les solutions additionnelles s'il vise à parvenir aux deux grands objectifs de la justice transitionnelle en même temps.

Le droit pénal international contribue au processus de justice transitionnelle au-delà de la fonction expressive des tribunaux pénaux internationaux ad-hoc. Premièrement le TPIR et TPIY en tant que premiers tribunaux pénaux internationaux ad-hoc contribuent à l'internalisation de la responsabilité internationale à la place de la culture de l'impunité. La communauté internationale a remis en question la culture de l'impunité et elle choisit de s'appuyer sur le droit pénal international, le droit humanitaire et le droit des droits de l'homme en rendant la justice et en assurant la paix. L'interférence de la communauté internationale au processus de la justice transitionnelle dans le cadre de l'établissement des tribunaux est expliquée par l'hésitation de l'ONU à intervenir militairement au Rwanda et en Ex-Yougoslavie. Nous ne pouvons pas savoir si la communauté internationale aurait eu besoin de ces tribunaux si l'ONU était intervenu militairement à temps.

Les contributions du droit pénal international au processus de justice transitionnelle ne peuvent pas être irréfutables. Selon Teitel, le droit international est considéré comme un outil pour contourner les problèmes endémiques de la justice transitionnelle qui dépendent des préoccupations de l'impartialité et l'équité des

²⁷⁸Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, *Droit Pénal Général*, Paris, Economica, 2003, p.21-25

poursuites judiciaires. De plus les tribunaux ad-hoc assurent l'expansion de la justice en temps de guerre, et les crimes commis contre l'humanité commis en temps de guerre ou en temps de paix.²⁷⁹ La première poursuite contre le viol en tant qu'acte de génocide dans l'affaire du jugement d'Akayesu a profondément contribué au développement du droit pénal international. Par ailleurs, la sélection d'un tribunal international peut être élaborée dans le cadre du principe de l'égalité devant la loi et de l'attribution de la responsabilité individuelle. Pourtant les tribunaux internationaux ont essayé de combler l'incapacité matérielle et judiciaires du Rwanda et de l'Ex-Yougoslavie. Ces deux juridictions ont été créées pendant les violations des droits de l'homme alors qu'il n'y avait pas de possibilité d'un mécanisme de justice transitionnelle au contexte national. En fait un tribunal international incarne la délibération de la communauté internationale sur la lutte contre l'impunité. D'une part l'établissement des tribunaux ad-hoc a fait remplir la fonction expressive de la justice rétributive qui se fonde sur la lutte contre l'impunité, d'autre part les tribunaux ont un impact limité dans la fonction répressive et réconciliatrice de la justice rétributive à cause des insuffisances au niveau sociétale autrement dit au niveau local.

Le TPIR est critiqué par le peuple rwandais à cause des mêmes raisons pour lesquelles le gouvernement rwandais a voté contre la Résolution 955 établissant le TPIR. Malgré le grand nombre d'auteurs du génocide, le TPIR n'a seulement pu juger que 93 personnes. De plus les problèmes bureaucratiques au sein de l'ONU avec les hésitations politiques de grandes puissances ont causé beaucoup de carences dans l'établissement des poursuites. Nizichi, l'investigateur du TPIY a souligné l'importance de ressources matérielles et humanitaires en 1998 à la période où le concept des tribunaux ad-hoc avançait lentement. D'autre part Gjeltén, un journaliste au Radio Public National qui a attiré l'attention sur les événements en Ex-Yougoslavie, a proclamé que les tribunaux ad hoc symbolisaient l'échec des politiques de la communauté internationale au cours de la guerre. De plus il a souligné l'absence de soutien politique aux tribunaux au début de leur établissement ainsi que l'absence des autorités policières ou la mandat limité des forces de l'OTAN²⁸⁰ pour capturer les

²⁷⁹Ruti Teitel, *Globalizing Transitional Justice...*, p.98-99

²⁸⁰SFOR: La Force de la Stabilisation de l'OTAN en Bosnie-Herzégovine qui a été créé le 21.12.1996 pour appliquer les accords de Dayton. L'IFOR (Implementation Force) a été utilisée pour le maintien de la paix en Bosnie Herzégovine pendant une année entre 1995-1996

coupables présumés en Ex-Yougoslavie.²⁸¹ En outre la localisation du tribunal en dehors du Rwanda pour des raisons de sécurité surtout a empêché l'internalisation du processus judiciaire par le peuple rwandais, particulièrement dans un pays comme le Rwanda où la plupart de la population n'a pas accès aux journaux et aux couvertures télévisées des poursuites au TPIR. Le TPIR qui a visé à contribuer au processus de la réconciliation nationale et à la restauration et au maintien de la paix, était à Arusha et n'a pas eu accès direct au peuple rwandais.²⁸² L'ignorance des conditions locales par les tribunaux internationaux cause la perception selon laquelle ces tribunaux ne sont que des exercices théoriques en raison de leurs contributions relativement extraordinaires au développement du droit humanitaire. Les tribunaux internationaux devraient prendre en compte d'autres dimensions que purement juridiques : les dimensions politiques, sociales et culturelles au niveau local pour assurer la réconciliation nationale.²⁸³ Tandis que les tribunaux ad-hoc ont lancé des programmes de « sensibilisation » pour la coopération locale en 1999, l'impact des tribunaux dans les régions reste encore limité.

L'impact local limité des tribunaux internationaux est lié à différents facteurs : leurs locations, les relations avec les autorités locales et l'approche absolutiste de la justice rétributive internationale. La justice rétributive se fonde sur le principe selon lequel l'impartialité, l'objectivité et l'indépendance des tribunaux internationaux pourraient assurer l'atteinte des objectifs de la justice transitionnelle, la justice et la réconciliation nationale. Cependant les conditions endémiques locales au Rwanda et en Ex-Yougoslavie comme l'existence du grand nombre des auteurs des crimes, la brutalité des violations des droits de l'homme, les relations étroites entre les auteurs des crimes et les victimes, la perception de « l'autre » dans les sociétés compliquent la réussite probable des juridictions internationales en tant que seul instrument de la justice transitionnelle. Le Rwanda a essayé de surpasser le problème du grand nombre des auteurs des crimes par les juridictions nationales mais l'incapacité matérielle et normative des juridictions nationales causent le rétablissement des mécanismes traditionnels « Gacaca » du Rwanda. Les mécanismes de Gacaca devraient davantage

²⁸¹Nina Ban-Jensen, "Tribunal Justice: The Challenges, The Record, and the Prospects", *American University International Law Review* 13, No:6 (1998), p.1551-1558

²⁸²Neil J. Kritz, "Coming to Terms with Atrocities: A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights"..., p.131

²⁸³Neil J. Kritz, "The Rwanda Tribunal and its Relationship to National Trials in Rwanda"..., p.1487

être définis comme des instruments de la justice restauratrice que des organes judiciaires. Ils ont adaptés les mécanismes traditionnels du règlement des désaccords communautaires. Gacaca est un mot en kinyawarda qui signifie « gazon » ou « justice de gazon ». Il s'agit d'un endroit traditionnel où avant l'époque coloniale, une communauté locale se réunissait pour trouver une solution aux litiges qui opposent les membres d'une famille, de plusieurs familles ou encore les habitants d'une même cellule²⁸⁴. Ils ont été rétablis en 2002 mais ils ont commencé à travailler en 2005 dans tout le pays. La rapidité des processus au « Gacaca » est légitimé au regard de la lenteur du TPIR. En fait le Rwanda a accompli le TPIR localement par les juridictions nationales et les mécanismes de Gacaca ont contribué à la l'approbation nationale du processus de la justice transitionnelle. L'approche séquentielle de la justice transitionnelle au Rwanda a commencé avec un tribunal international mais a été continué avec les juridictions nationales et les mécanismes de Gacaca. Particulièrement les mécanismes de Gacaca ont été considérés par les autorités du Rwanda comme un instrument de la justice restauratrice.

La stratégie du Rwanda dans le processus de la justice transitionnelle se fonde sur la réconciliation par la justice. Le génocide a été jugé à des niveaux très divers. Malgré l'établissement d'un Tribunal pénal international spécifique pour le Rwanda, le Rwanda a jugé la plupart de la population grâce aux juridictions nationales et aux mécanismes de Gacaca. Premièrement les dirigeants ont été seulement traduits en justice par le TPIR, et les citoyens ordinaires qui ont participé au génocide devraient aussi être jugés pour remplir la dimension judiciaire et réconciliatrice de la justice rétributive. Deuxièmement, le fait de traduire en justice tous les coupables présumés pour le génocide, près de deux millions sous l'autorité du TPIR n'était pas réalisable. Enfin le facteur de la localité qui était manquant à la poursuite judiciaire internationale pouvait être complété avec les juridictions nationales aux territoires du Rwanda et il pouvait accélérer le processus de la reconnaissance du génocide et la réconciliation nationale. Cependant la capacité du système judiciaire au Rwanda n'était pas suffisante pour exécuter une tâche si difficile. « Les assassinats des juges, des avocats ou d'autres membres du personnel judiciaires, l'évasion des autres en raison de leur implication dans des actes de génocide et d'autres crimes contre l'humanité, la disparition ou la

²⁸⁴ Stef Vandeginste, "Les juridictions Gacaca et la poursuite des presumes auteurs du genocide et des crimes contre l'humanité au Rwanda", *L'Afrique des Grands Lacs*, Annuaire 1999-2000, p.1

destruction de documents de travail, la perte des archives et l'effondrement de l'appareil d'Etat et de police judiciaire » sont juxtaposés comme les causes de l'incapacité du système judiciaire dans le rapport du Rwanda sur les activités des mécanismes de Gacaca à la fin de leur clôture.²⁸⁵ De plus le rapport a révélé l'incapacité judiciaire nationale par le faible nombre du personnel judiciaire, 244 juges, 12 procureurs, 59 greffiers et 56 secrétaires dans le bureau du Procureur. Malgré les difficultés, le gouvernement a décidé de juger le plus grand nombre de responsables du génocide au sein des juridictions nationales et à travers les mécanismes de Gacaca.

Les juridictions nationales pouvaient juger seulement 1292 personnes jusqu'à 1998 mais la situation dans les prisons du Rwanda s'aggravait au fur et à mesure. Ces juridictions ont fonctionné bien au-delà de leurs limites puisqu'à peu près 130.000 personnes ont été emprisonnées et traduites en justice par les juridictions nationales. Dans cet état des choses, une loi en août 1996 a été promulguée pour la hiérarchisation des crimes. Le crime du génocide et les crimes contre l'humanité ont été divisés en quatre groupes selon la hiérarchisation du gouvernement rwandais : « la première catégorie concernait les dirigeants, les planificateurs, et les meurtriers les plus notoires, la deuxième catégorie incluait les auteurs d'homicides et les violeurs, la troisième catégorie incluait ceux qui avaient tué ou porté atteinte à l'intégrité physique sans intention de donner la mort, et la quatrième catégorie incluait ceux qui avaient volé ou porté atteinte aux propriétés ». ²⁸⁶ En fait la catégorisation des crimes concerne aussi des droits économiques avec le terme de « ceux qui avaient volé ou porté atteinte aux propriétés », le gouvernement a prévu un genre de réparations aux juridictions nationales contrairement au TPIR. De l'autre, l'impact restaurateur de la justice rétributive a été pris en considération par le Rwanda au processus domestique de la justice transitionnelle. Tandis que nous avons souligné les critiques de Sharp sur l'ignorance des droits de la seconde génération, les droits économiques et sociaux, au processus de la justice transitionnelle, le gouvernement du Rwanda a renfermé les droits économiques en considérant la perte des propriétés à l'étape domestique du

²⁸⁵Rapport sommaire sur les Gacaca: *Le rapport sommaire rédigé à la clôture des mécanismes Gacaca*, le Service National des Juridictions Gacaca, Kigali, Rwanda, p.15, http://www.minijust.gov.rw/uploads/media/GACACA_COURTS_IN_RWANDA.pdf, consulté le 05.10.2016

²⁸⁶Voir Human Rights Watch, *La loi et la réalité: Les progrès de la réforme judiciaire au Rwanda*, 26 Juillet 2008, <https://www.hrw.org/fr/report/2008/07/25/la-loi-et-la-realite/les-progres-de-la-reforme-judiciaire-au-rwanda>, consulté le 05.10.2016

traitement du passé. Malgré la loi de 1996 et sa hiérarchisation réformatrice, l'incapacité du système judiciaire rwandais a empêché la réussite des juridictions nationales.

La nécessité d'un procès équitable n'a pas été respectée. Les juridictions nationales ont condamné les accusés sans avocats de défense. Il y avait les efforts limités de l'Organisation d'Avocats Sans Frontières mais le nombre des accusés a forcé la main de l'organisation. De plus l'exécution de 23 personnes en public en 1998 sans une défense juridique décente a remis en question les juridictions nationales au sein de la communauté internationale.²⁸⁷ D'autre part, les crimes des Hutus ont été seulement jugés par les juridictions nationales c'est pourquoi elles ont été perçues comme des mécanismes de vengeance plus que comme des instruments de justice rétributive. Tandis que la punition et la vengeance sont des concepts différents, le gouvernement rwandais qui a été formé par les Tutsis a politisé les juridictions nationales. Il a empêché la traduction en justice des membres du FPR sous l'autorité des juridictions nationales et du TPIR. Le nombre de dossiers concernant les crimes commis par les membres du FPR était très limité au TPIR. Selon la Fédération Internationale des droits de l'homme, seulement 40 personnes du FPR ont été jugés. Autrement dit la culture de l'impunité a continué et ce fait a encouragé la perception des mécanismes nationaux et internationaux de la justice rétributive au Rwanda comme les instruments de la justice des vainqueurs. Cette impunité des militaires du FPR a continué au cadre des mécanismes de Gacaca qui ont été créés pour surmonter le défi de la lenteur des juridictions nationales et du TPIR.

La stratégie suivie par le Rwanda durant le processus de justice transitionnel impliquait la réconciliation par la justice. Cette stratégie nécessita l'augmentation de la capacité de l'appareil judiciaire au-delà du TPIR et des juridictions nationales. C'est pourquoi les juridictions de Gacaca ont commencé à être utilisées pour surmonter le défi de la lenteur des autres juridictions au Rwanda. Parmi les objectifs prioritaires des juridictions Gacaca figuraient l'établissement de la vérité concernant les faits, l'accélération du jugement des personnes accusées d'actes de génocide, la lutte contre l'impunité, l'augmentation de la capacité de la société rwandaise à pouvoir régler ses

²⁸⁷Voir Human Rights Watch, *Rwanda:La loi après le génocide:20 ans plus tard*, <https://www.hrw.org/fr/news/2014/03/28/rwanda-la-justice-apres-le-genocide-20-ans-plus-tard>, consulté le 05.10.2016

problèmes à travers une justice basée sur la coutume rwandaise et finalement la réconciliation nationale avec le renforcement de l'unité²⁸⁸.

La différence des mécanismes Gacaca par rapport aux juridictions nationales est leur méthode de rendu de la justice. Les juges de la justice Gacaca sont élus par le peuple rwandais et n'ont pas l'obligation d'étudier le droit. Ils sont élus parmi les élites de la société rwandaise. L'impératif de revivre ensemble joue un rôle important sur la prise de la décision de rétablir les mécanismes communautaires. Cependant la lutte contre l'impunité était la priorité du Rwanda c'est pourquoi il a harmonisé ses objectifs rétributifs et restauratrices ensemble dans les mécanismes de Gacaca. Autrement dit les mécanismes de Gacaca étaient de la combinaison de la justice rétributive et de la justice restauratrice au Rwanda.²⁸⁹

Les procès durent de un à trois jours sous l'autorité des juges sans la présence d'avocats ou des procureurs. La stratégie de la hiérarchisation des crimes a été utilisée aussi dans les mécanismes de Gacaca.²⁹⁰ La juridiction des Gacaca a eu l'autorité sur les deuxième et troisième groupes des crimes. En général il y avait 9103 juridictions de Gacaca de cellule, 1545 juridictions de Gacaca de secteur et 1545 juridictions de Gacaca d'appel dans tout le pays.²⁹¹ Les mécanismes Gacaca ont pris fin le 18 Juin 2012 après avoir jugé 1.958.634 cas.

Quand nous analysons l'héritage de ces mécanismes au processus de la justice transitionnelle, on peut les qualifier comme des mécanismes composés de la justice rétributive et restauratrice. Alors que la cohabitation, *kubana* de son nom en kinyarwanda, pourrait être assurée par les juridictions nationales et internationales, la réconciliation nationale, c'est-à-dire le *kwiynge* qui comporte le rétablissement des relations sociales d'une manière sentimentale, nécessiterait le recours aux juridictions de Gacaca. Ainsi, les accusés dévoilaient la vérité en avouant ou en témoignant. Après les sessions de Gacaca, la révélation et l'établissement de la vérité contribuaient à la reconstruction des relations sociales par l'établissement d'une confiance mutuelle

²⁸⁸ Bert Ingelaere, "A la recherche de la vérité dans les juridictions Gacaca au Rwanda", *L'Afrique des Grands Lacs*, Annuaire 2006-2007, p.41

²⁸⁹ Hollie Nyseth Brehm, Christopher Uggen et Jean-Damascène Gasanabo, "Genocide, Justice, and Rwanda's Gacaca Courts", *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 2014, Vol. 30(3), p.336

²⁹⁰ Voir la Loi Organique 13/2008 au Rwanda, http://www.geneva-academy.ch/RULAC/pdf_state/2008-Gacaca-Courts-Organic-Law-13.2008.pdf, consulté le 11.10.2016

²⁹¹ Le rapport sommaire sur les Gacaca, op. cit., p.64

entre les deux groupes ethniques que ce soit au niveau local ou national²⁹². Ces mécanismes ont été créés autant pour juger le grand nombre des coupables au Rwanda pour assurer une perspective fondant sur les besoins locaux du processus de la justice transitionnelle tels que l'établissement de la vérité, la reconstruction sociale des relations sociales. Le gouvernement a essayé de compléter la partie manquante des tribunaux pénaux internationaux par les juridictions nationales et les mécanismes de Gacaca.

La localité, la partie marquante des processus internationaux de la justice pénale transitionnelle provoque des débats normatifs concernant le concept. D'une part l'impératif judiciaire des juridictions internationales ad-hoc est critiqué en termes de leur impact sur la réconciliation nationale dans les pays en transition, d'autre part il y a des tentatives pour remplir les défis des juridictions internationales avec les différents instruments comme les mécanismes de Gacaca au Rwanda.

Les tribunaux ont été définis comme « des tentatives expérimentales » par Cohen.²⁹³ Le TPIY et le TPIR ne pouvaient pas être l'exact modèle de la justice transitionnelle. Les raisons des doutes sur l'efficacité des tribunaux ad-hoc dépendent des déficiences pour lesquelles le TPIR et le TPIY sont critiqués. Premièrement les coûts extraordinaires des tribunaux ad-hoc ont poussé la communauté internationale à faire une analyse des coûts et bénéfices. Deuxièmement la longueur des procès devant les tribunaux a remis en question l'impact des tribunaux à court terme en termes de la justice transitionnelle. En troisième lieu la location des tribunaux en dehors de pays où les événements se sont déroulés a compliqué la localité du processus, la sensibilisation et l'engagement communautaire et l'appropriation nationale des efforts internationaux.

La combinaison des valeurs locales et des règles internationales aux mécanismes de la justice rétributive par les tribunaux internationaux n'est pas réalisable en considérant les dimensions ethniques des conflits. Cependant la création des instruments judiciaires qui sont composés des valeurs locales et des éléments internationaux, les tribunaux hybrides sont élaborés comme une réponse aux exigences

²⁹² Bert Ingelaere, op. cit., p.44

²⁹³ David Cohen, "Hybrid Justice in East Timor, Sierra Leone, and Cambodia: Lessons Learned and Prospects for the Future", *Stanford Journal of International Law*, Vol.43, 2007, p.1

des dimensions culturelles des pays au processus de la justice transitionnelle. C'est pourquoi les tribunaux hybrides ont été créés en tant que solution pour surpasser les carences des tribunaux ad-hoc en termes de la justice transitionnelle post-confliktuelle.

L'établissement du TPIY et du TPIR en vertu du Chapitre VII de la Charte de l'ONU montre explicitement le rôle judiciaire de la communauté internationale dans le cadre de la responsabilité internationale. Dès lors la mission de l'ONU a excédé l'utilisation de la force et a développé le maintien et le rétablissement de la paix avec l'administration civile des pays en transition. Cet élargissement dans la mission de la communauté internationale rend plus compliqué les processus d'intervention internationale parce que la communauté internationale devrait prendre en considération les aspects civils des opérations avec les plans militaires. La création du TPIY en termes des aspects civils de l'intervention a nécessité l'engagement international à long terme dans la transformation de la société et la réconciliation nationale. Pourtant cet engagement peut être réalisable en cas de relations étroites avec la population locale dans la région mais l'impact des tribunaux pénaux internationaux est resté limité, ainsi que nous l'avons mentionné auparavant. Les tribunaux hybrides, fondés de manière différente par rapport aux tribunaux ad-hoc, pourraient fournir une réponse aux problèmes des procès équitables dans les juridictions domestiques et aux carences locales dans les juridictions internationales.

Les tribunaux hybrides

Les expressions de « juridictions mixtes » et de « tribunaux internationalisés » sont utilisées pour les tribunaux hybrides. Higonnet les appelle tribunaux de troisième génération.²⁹⁴ Il y a sept exemples qui sont reconnus comme tribunaux hybrides : les Panels de Réglementation 64 au Kosovo, les Panels spéciaux pour les crimes graves commis au Timor Oriental, le Tribunal Pénal pour la Sierra Leone, les Chambres Extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, le Tribunal spécial Suprême irakien, la Chambre pour les crimes de guerre en Bosnie-Herzégovine et le Tribunal Spécial pour le Liban. Ces mécanismes de justice transitionnelle dans le cadre de la

²⁹⁴Ethel Higonnet, "Restructuring Hybrid Courts: Local Empowerment and National Criminal Justice Reform", *Student Scholarship Papers, Paper 6, 2005, p.4*

justice rétributive sont composés d'éléments locaux et internationaux afin de remplir les besoins du processus post-conflictuel. Comme nous l'avons expliqué dans le premier chapitre, la seconde et la troisième phase de la justice transitionnelle passent par la recherche de nouveaux mécanismes pour répondre aux nécessités du processus post-conflictuel. Le processus post-conflictuel qui exige l'impartialité des éléments internationaux et l'approbation de la population locale, a besoin des instruments à caractère mixte en justice transitionnelle. C'est pourquoi les tribunaux hybrides sont créés en considérant les exigences du processus post-conflictuel après le changement paradigmatique moderne du concept de la justice transitionnelle à partir de la fin des années 1980. De plus ils sont élaborés afin d'aller au-delà de la justice rétributive et de parvenir à la réconciliation nationale.

La mode de création et le statut de droit national des tribunaux hybrides peuvent varier. Donlon a divisé les tribunaux hybrides en trois groupes selon leur mode de création.²⁹⁵ En premier groupe l'administration intérimaire de l'ONU a créé les tribunaux hybrides comme les Panels de Réglementation 64 au Kosovo et les Panels spéciales pour les crimes graves commis au Timor Oriental. La MINUK (La Mission d'Administration Intérimaire des Nations Unies au Kosovo) a été établie par le Secrétaire Général de l'ONU « pour assurer l'administration transitoire tout en organisant et en supervisant la mise en place d'institutions d'auto-administration démocratiques provisoires propres à garantir des conditions permettant à tous les habitants du Kosovo de vivre en paix dans des conditions normales » après la guerre de Kosovo le 10 Juin 1999.²⁹⁶ L'administration de la justice résidait aussi dans les responsabilités de l'ONU en termes de l'aspect civil de l'engagement international. La MINUK a promulgué une réglementation pour l'intégration des personnels internationaux aux juridictions nationales sous le nom de Panels de Réglementation 64 au Kosovo.²⁹⁷ De la même façon que le Kosovo, le Conseil de Sécurité a mis le Timor Oriental sous l'administration transitoire des Nations Unies au Timor oriental (ATNUTO) en termes d'affaires législatives et exécutives durant la période de

²⁹⁵Fidelma Donlon, « Hybrid Tribunals », dans *Routledge Handbook of International Criminal Law*, ed. par William A. Schabas et Nadia Bernaz, Routledge Taylor&Francis Group, 2011, New York, p. 85

²⁹⁶Résolution 1244/1999 du Conseil de Sécurité, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1244\(1999\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1244(1999)), consulté le 10.10.2016, p.7

²⁹⁷Régulation 2000/64 promulguée le 15.12.2000, http://www.pict-pcti.org/courts/kosovo_basic_doc.html, consulté le 10.10.2016

transition après l'indépendance. Le règlement 2000/11 a été adopté par l'ATNUTO en Mars 2000 pour la création des Panels spéciaux pour les crimes graves commis au Timor Oriental.²⁹⁸

Donlon classe les tribunaux hybrides qui sont créés par les accords bilatéraux entre l'ONU et le pays en transition, dans un deuxième groupe. Le Tribunal Pénal pour le Sierra Leone, les Chambres Extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens et le Tribunal spécial pour le Liban ont été établis à la fin d'accords signés avec l'ONU par la demande des gouvernements des pays. L'accord pour le Tribunal du Sierra Leone a été signé le 16 Janvier 2002 et la *rationae temporis* du Tribunal a été fixée à partir du 30 Novembre 1996. Le Tribunal a pu juger les coupables responsables des violations des droits de l'homme à partir du 30 Novembre 1996. Le tribunal pour le Sierra Leone est défini par le Secrétariat Général comme «un tribunal *sui generis*, créé par traité et de composition et de juridiction mixtes ».²⁹⁹ Enfin les Chambres Extraordinaires cambodgiennes ont été construites à la demande du gouvernement pour juger les responsables des violations des droits de l'homme pendant le régime Khmer rouge entre l'Avril 1975 et Janvier 1979. Malgré la recommandation du Groupe d'Experts de l'ONU sur la création d'un tribunal pénal international ad-hoc, l'accord signé entre l'ONU et le Cambodge a été ratifié par le gouvernement pour juger les crimes en Octobre 2004. Enfin le gouvernement libanais a demandé à l'ONU la création d'un tribunal international le 13 Décembre 2005 en raison de plusieurs assassinats politiques dont celui de l'ancien Premier Ministre Rafic Hariri, le 14 février 2005. En fait la demande du gouvernement libanais a découlé de l'incapacité nationale de traduire en justice les responsables des assassinats politiques. Tandis que l'accord pour la création du Tribunal a été signé le 23 Janvier 2007, le parlement du Liban n'a pas ratifié l'accord. C'est pourquoi le Tribunal Spécial pour le Liban a été établi en vertu du Chapitre VII de la Charte de l'ONU par la Résolution 1757 du conseil de Sécurité le 30 Mai 2007.³⁰⁰ L'établissement de ces trois tribunaux est consensuel, les

²⁹⁸Suzanne Katzenstein, « Hybrid Tribunals :Searching for Justice in East Timor », *Harvard Human Rights Journal*, Vol.16, 2003, p.251

²⁹⁹Rapport du Secrétaire général sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone, http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/2000/915, consulté le 10.10.2016, p.3

³⁰⁰Résolution 1757(2007) du Conseil de Sécurité dans la 5685^e séance, <http://www.stl-tsl.org/fr/Documents/Bibliotheque-du-TSL/Documents-de-IONU/Resolutions-du-Conseil-de-securite-de-IONU/225-security-council-resolution-1757>, consulté 10.10.2016

gouvernements de ces pays en transition ont demandé à l'ONU la création d'un mécanisme.

Le troisième groupe rédigé par Donlon consiste en la création de Chambres extraordinaires pour les crimes de guerre commis en Bosnie-Herzégovine et d'un Tribunal pénal suprême en Irak qui ne sont pas créés directement par l'ONU. La capacité du TPIY à juger tous les responsables des violations des droits de l'homme n'était pas suffisante, il ne pouvait juger que les personnes les plus responsables. Cependant le traité de Dayton ne prévoit pas de dispositions concernant les instruments judiciaires nationaux c'est pourquoi le Haut Représentant de l'ONU en Bosnie-Herzégovine a décidé à faire des réformes structurelles du secteur judiciaire. La création des chambres extraordinaires sous l'autorité de la Cour Suprême de Bosnie-Herzégovine a été impulsée dans le cadre de ces réformes. Par ailleurs les juridictions nationales ont joué un rôle important dans cette décision du haut représentant après la fin de la mission du TPIY. Les chambres ont commencé à travailler à partir du 9 Mars 2005 pour juger des affaires transférées par le TPIY et ainsi les responsables qui ne peuvent pas être traduits en justice devant le TPIY. Nous pouvons considérer les chambres en Bosnie-Herzégovine dans un contexte de l'achèvement des travaux du TPIY. En Irak l'autorité provisoire de la coalition qui était chargée des affaires législatives, exécutives et judiciaires à partir de l'année 2003, a transféré ses pouvoirs administratifs au Conseil Irakien des Gouverneurs par la Résolution 1483.³⁰¹ Ce Conseil a créé le Tribunal par son autorité déléguée sous l'Ordre 48 qui a été promulgué par l'autorité provisoire.³⁰²

Les caractéristiques similaires des tribunaux hybrides dépendent de leur composition et du droit applicable. Les tribunaux sont composés de juges internationaux et nationaux. Les réglementations promulguées par la MINUK contiennent des dispositions sur les statuts des juges et des avocats internationaux dans les juridictions nationales au Kosovo.³⁰³ Les juges ont siégé aux côtés des juges locaux

³⁰¹Résolution 1458 du Conseil de Sécurité dans 4761^e séance, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N03/368/54/PDF/N0336854.pdf?OpenElement>, consulté le 10.10.2016

³⁰²Ordre 48 de l'Autorité Provisoire de la Coalition en Iraq(APC) http://www.iraqcoalition.org/regulations/20031210_CPAORD_48_IST_and_Appendix_A.pdf, consulté le 10.10.2016

³⁰³Régulations de MINUK (La Mission d'Administration Intérimaire des Nations Unies au Kosovo), la réglementation 2000/6 promulguée le 15.02.2000, la réglementation 2000/34 promulguée le 27.05.2000, la réglementation 2000/64 promulguée le 15.12.2000, http://www.pict-pcti.org/courts/kosovo_basic_doc.html, consulté le 10.10.2016

dans les juridictions nationales existantes. Les avocats internationaux, eux, ont partagé les responsabilités avec leurs collègues locaux en termes de la défense judiciaire. La composition des Panels 64 au Kosovo était différente par rapport aux autres tribunaux hybrides. En effet, dans ce cas, les juges ont été intégrés aux juridictions locales nationales contrairement aux autres exemples dans lesquels de nouvelles juridictions ont été créées séparément avec les juges internationaux et nationaux. Par exemple la composition du Tribunal pour Sierra Leone était mixte, il est composé de deux juges internationaux et d'un juge local dans la Chambre de première instance et des trois juges internationaux et de deux juges locaux dans la Chambre d'Appel. Cependant la capacité humanitaire des Chambres extraordinaires du Cambodge était plus grande que les autres tribunaux hybrides. D'une part la Cour de première instance a travaillé avec deux juges internationaux et trois juges locaux ; la Cour d'Appel était composée des quatre Cambodgiens et de trois juges internationaux. En Bosnie-Herzégovine la Chambre pour les crimes de guerre est divisée en cinq panels hybrides dont les deux juges internationaux et un juge national servent sous la présidence du juge bosnien. La caractéristique internationale du Tribunal spécial pour le Liban est relativement très évidente parce que les juges internationaux créent la majorité avec les deux représentants dans les groupes tripartite de la Chambre du procès et les trois personnes envers deux juges locaux dans la Chambre d'Appel.³⁰⁴ Contrairement aux exemples précédents, le Tribunal spécial pour l'Iraq n'était composé que de juges nationaux et les non-Irakiens n'avaient que des responsabilités consultatives et d'observation selon l'Article 6 du Statut du Tribunal.³⁰⁵ La contribution des juges internationaux peut être expliquée par la perception positive au niveau local des tribunaux en termes d'impartialité, d'objectivité, d'indépendance et de qualité des poursuites. Par exemple l'Organisation pour la Sécurité et la coopération en Europe(OSCE) a fait référence à la contribution des acteurs internationaux dans la qualité judiciaire des procès au Kosovo dans son rapport sur les procès pour crimes de guerre du Kosovo.³⁰⁶

³⁰⁴Pour les détails des compositions des tribunaux hybrides voir Fidelma Donlon, « Hybrid Tribunals », dans *Routledge Handbook of International Criminal Law*, ed. par William A. Schabas et Nadia Bernaz, Routledge Taylor&Francis Group, 2011, New York, pp.85-105

³⁰⁵Voir l'article 6 du Statut du Tribunal pénal Suprême Irakien, <http://loc.gov/law/help/hussein/docs/CoalitionProvisionalAuthorityOrder48en.pdf>, consulté le 11.10.2016, p.129

³⁰⁶OSCE, le Département des droits de l'homme et de l'état de droit, la Section de la surveillance des systèmes légaux, « Kosovo's War Crime Trials: A Review », Septembre 2002, <http://www.osce.org/kosovo/12549?download=true>, consulté le 11.10.2016, p.37

Au-delà de la perception de la qualité, la présence des acteurs internationaux est obligatoire dans l'absence d'instruments judiciaires domestiques disponibles et de la possibilité de l'établissement d'un autre tribunal international pénal international ad-hoc. Il ne paraît guère possible d'établir un tribunal pénal international en considérant l'impact limité des tribunaux internationaux dans les processus post-conflituel de justice transitionnelle. Par ailleurs les Panels de Régulations 64 au Kosovo et la Chambre pour les crimes de guerre en Bosnie-Herzégovine ont été constitués en tant qu'instruments nationaux complémentaires du TPIY dans le cas d'une incapacité matérielle, humanitaire et juridique des institutions judiciaires domestiques. Le TPIY est chargé de juger les personnes ayant une responsabilité importante dans la guerre de l'Ex-Yougoslavie et de Kosovo. « Le niveau élevé de la victimisation » dans ces conflits rend plus difficile la juridiction de tous les coupables par le TPIY et le processus de justice transitionnelle dans la région. Le recours à des acteurs internationaux dans le processus de justice transitionnelle est expliqué par diverses raisons. Premièrement l'incapacité matérielle de juridictions nationales dépend de la détérioration de l'appareil judiciaire pendant les conflits dans ces pays. Deuxièmement la capacité humanitaire des juridictions nationales dans ces pays se fonde sur les oppresseurs. Par exemple la plupart des capacités humanitaire du secteur judiciaire appartenait aux Serbes au Kosovo, les Albanais ethniques étant exclus de l'appareil judiciaire, comme les Indonésiens qui ont empêché la participation des groupes ethniques timorais à l'appareil judiciaire.³⁰⁷ En troisième lieu cette incapacité humanitaire influence directement la capacité judiciaire des juridictions nationales parce que l'absence de personnel qualifié nécessite une assistance internationale en matière de personnel et de droit applicable. D'une part le caractère hybride de ces tribunaux résout les problèmes capacitaires à court terme, d'autre part il contribue à l'établissement de la capacité judiciaire des instruments domestiques à long terme. D'autre part, l'approche holistique des tribunaux hybrides qui vise aussi les contributions structurelles à long terme pourra avoir un impact positif sur l'établissement de l'Etat de droit, le développement des droits de l'homme et la réconciliation nationale.

³⁰⁷Laura A. Dickinson, "The Promise of Hybrid Courts", *The American Journal Of International Law*, Vol.97, No.2(Avr.2003), p.301

L'un des critères à prendre en compte pour expliquer le caractère hybride de ces juridictions devrait être le droit applicable. Le droit national et le droit international sont applicables ensemble dans les juridictions hybrides. Cependant les dispositions du droit international comportent en général des articles concernant les droits de l'homme. Le problème majeur concernant le droit applicable est relatif à la question de l'application des dispositions internes vis à vis du droit international. En effet, les droits internes de ces pays ont été créés par les régimes oppresseurs comme dans le cas du Kosovo ou les puissances extérieures comme la situation au Timor Oriental. En fait la MINUK a dû déclarer une nouvelle régulation sur le droit applicable au Kosovo sans utiliser l'expression du droit de l'Ex-Yougoslavie parce que les juges albanais ont refusé d'appliquer ce droit dans les juridictions hybrides.³⁰⁸

Le statut du Tribunal pénal pour le Sierra Leone promulgué le 16.01.2002 a donné l'autorité de juger les personnes ayant une responsabilité importante à propos des violations des droits de l'homme et du droit humanitaire. D'une part le droit international applicable au Sierra Leone a compris les crimes contre l'humanité, les violations de l'Article 3 des Conventions Genève et du Protocole II et les autres violations du droit humanitaire international.³⁰⁹ D'autre part le droit national applicable a provoqué un problème d'une manière différente. La traduction en justice des enfants soldats a donné lieu à un débat entre la communauté internationale et le Tribunal au Sierra Leone. L'Article VII du Statut a prévu la traduction en justice des enfants soldats âgés entre 15 et 18 ans contrairement à l'Article 26 du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale qui limite la juridiction de la Cour aux personnes âgés de moins de 18 ans.³¹⁰ En pratique aucun enfant soldat n'a été jugé par le Tribunal grâce à la décision prise par le Procureur du Tribunal David Crane sur la non-traduction en justice des mineurs âgés entre 15 et 18 ans.³¹¹

³⁰⁸Laura A. Dickinson, "The Relationship Between Hybrid Courts and International Courts: The Case of Kosovo", *New England Review*, Vol.37:4, 2002-2003, p.1063

³⁰⁹Article II-III-IV du Statut du Tribunal pénal pour le Sierra Leone, <http://www.rscsl.org/Documents/scsl-statute.pdf>, consulté le 13.10.2016

³¹⁰Article 26 du Statut de Rome: «La Cour n'a pas compétence à l'égard d'une personne qui était âgée de moins de 18 ans au moment de la commission prétendue d'un crime », https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6A7E88C1-8A44-42F2-896F-D68BB3B2D54F/0/Rome_Statute_French.pdf, consulté le 13.10.2016

³¹¹Chandra Lekha Sriram, "Wrong-Sizing International Justice? The Hybrid Tribunal in Sierra Leone", *Fordham International Law Journal*, Vol.29:472, 2005-2006, p.485

La compétence *rationae materiae* des Chambres Extraordinaires du Cambodge dépend aussi du droit national et du droit international. Ils sont compétents pour les crimes de génocide, des crimes contre l'humanité et des violations graves des Conventions de Genève de 1943.³¹² De plus ils devraient juger les crimes au Chapitre II de la loi portant création de chambres extraordinaires. Ces crimes inscrits au Chapitre II sont transposés dans les dispositions du Code pénal cambodgien en 1956 comme l'assassinat, la torture ou la persécution religieuse qui sont exécutés entre 17 Avril 1975 et 6 Janvier 1979.³¹³ Cependant le Tribunal Spécial pour le Liban ne fait pas référence au droit international contrairement aux autres tribunaux hybrides. Le droit pénal applicable par le Tribunal au Liban est expliqué dans l'Article 2 du Statut dans le cadre du Code pénal libanais.³¹⁴

Les références au droit international contribuent à la perception positive des tribunaux parce que le caractère international des tribunaux est devenu exclusif par l'intégration des crimes internationaux dans le cadre des dispositions internationales comme la Convention de Genève, la Convention pour la prévention et la répression du Crime du Génocide. Au-delà de la contribution à la perception positive des tribunaux hybrides, les juges, les procureurs ou les dispositions du droit international renforcent la légitimité des instruments. D'une part les tribunaux domestiques sont remis en cause en matière de légitimité à cause de l'incapacité matérielle, humanitaire et judiciaire, d'autre part la légitimité des tribunaux pénaux internationaux ad-hoc est critiquée dans le cadre de l'ingérence du Conseil de Sécurité en vertu de la Chapitre VII de la Charte de l'ONU. Pourtant la communauté internationale a essayé d'assurer la légitimité des tribunaux hybrides par l'unification des éléments nationaux et internationaux dans le même instrument.

Les tribunaux hybrides, en tant qu'alternatives aux tribunaux domestiques et internationaux ad-hoc possèdent les avantages et les désavantages de deux autres instruments. La communauté internationale les considère comme un nouvel instrument

³¹²Résolution 57/228 adoptée par l'Assemblée Générale 57/228 dans la 85e séance le 13 Mai 2003, https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/Agreement_--_French_N0335891.pdf, consulté le 15.10.2016, p.

³¹³Loi sur la création des Chambres extraordinaires, avec l'inclusion des amendements adoptés le 27 Octobre 2004 (NS / RKM / 1004/006), https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf, consulté le 15.10.2016, p.1

³¹⁴Article 2 du Statut du Tribunal spécial pour le Liban, <http://www.stl-tsl.org/fr/Documents/Bibliotheque-du-TSL/Statut/223-statute-of-the-special-tribunal-for-lebanon>, consulté le 16.10.2016

sous l'autorité indirecte de l'ONU. Par ailleurs Jacobs définit les tribunaux hybrides comme « un peu international et peu national et pas juridiquement satisfaisant ». ³¹⁵ Les causes du nombre limité des tribunaux hybrides peuvent être expliquées par l'opposition de personnes qui soutiennent l'utilisation seulement des instruments judiciaires internationaux et aussi par l'hésitation du groupe qui est totalement contre toutes sortes des mécanismes internationaux. Par exemple la plupart des partisans de la justice internationale argue que les tribunaux hybrides en tant qu'alternative aux instruments internationaux peuvent ébranler le statut des tribunaux internationaux. L'administration Bush préférerait une juridiction domestique en Irak à celle de la création d'un tribunal hybride avec l'engagement international. La préférence était directement liée à la crainte de l'administration Bush sur l'éventuelle traduction en justice des soldats américains à cause de leurs pratiques dans la guerre de l'Iraq. ³¹⁶

Malgré les incertitudes sur le rôle des tribunaux hybrides, ils représentent certains avantages par rapport aux tribunaux domestiques et internationaux. Le renforcement de la capacité judiciaire nationale peut être l'un des impacts positifs des tribunaux hybrides sur le processus de justice transitionnelle. Par ailleurs l'ONU a prévu la nécessité d'un mécanisme de justice transitionnelle qui pourrait avoir une conséquence sur le secteur judiciaire national dans sa Résolution 1315(2000) concernant la situation en Sierra Leone. ³¹⁷ Le renforcement de la capacité judiciaire a par ailleurs des effets positifs concernant l'éducation du personnel judiciaire local grâce aux relations étroites entre les autorités nationales et les autorités internationales dans le cadre du fonctionnement des tribunaux hybrides. Nous l'avons vu plus tôt, la perception positive des tribunaux hybrides par la population locale se crée grâce à l'unification des éléments nationaux et internationaux. Comme Higonnet précise que le truisme de l'approche judiciaire occidentale ne prend pas en considération la culture judiciaire locale et les normes locales des pays en transition. Cependant les perceptions différentes de la justice et l'importance de l'internalisation de l'instrument judiciaire par les élites de la société en transition devraient être prise en considération pour le

³¹⁵Dov Jacobs, "Typologie générale des tribunaux hybrides", *EUI Working Group on International Criminal Law*, 23.02.2006, p.5, <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/WorkingGroups/WGCriminalLawReport230206.pdf>, consulté le 15.10.2016

³¹⁶Laura A. Dickinson, "The Promise of Hybrid Courts"..., p.296

³¹⁷Résolution 1315 du Conseil de Sécurité dans sa 4186^e séance, 14 Août 2000, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1315\(2000\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1315(2000)), consulté le 16.10.2016, p.2

succès du processus de justice transitionnelle.³¹⁸ En fait cette internalisation peut contribuer à l'augmentation de la crédibilité et de la légitimité des tribunaux hybrides dans la société locale. C'est pourquoi l'établissement des instruments hybrides qui se fonde sur la prise en compte de la culture locale et de la justice locale, peut répondre aux besoins du processus de justice transitionnelle post-confliktuelle. De plus la proximité culturelle grâce au personnel judiciaire local et la localisation des tribunaux hybrides pourraient assurer l'approbation locale des décisions contrairement aux tribunaux ad-hoc.

Suzanne Katzenstein explique différemment la sélection des tribunaux hybrides en tant qu'instrument de justice transitionnelle. Selon elle, les tribunaux hybrides sont moins coûteux que les tribunaux internationaux et elle souligne aussi une approche de la justice se fondant sur les victimes locales et sur le renforcement du secteur judiciaire national.³¹⁹ Tandis que les tribunaux hybrides sont construits pour surpasser les carences des tribunaux domestiques, en pratique ils doivent faire face aux mêmes problèmes que ces derniers.

Le risque de la politisation, qui est discuté dans le cadre des juridictions nationales, peut apparaître au cours des procès des tribunaux hybrides. Les éléments locaux dans les tribunaux hybrides peuvent être manipulés par les élites politiques, militaires et ethniques et cette situation peut provoquer la perte de la légitimité des juridictions. Dans les cas du processus de justice transitionnelle post-confliktuel, les divisions ethniques ou politiques dans la société peuvent faire augmenter la perception de la justice de l'autre. Par exemple la mise en accusation de Sam Hinga Norman qui était le chef des milices Kamajors au Sierra Leone qui ont sauvé le régime démocratique a soulevé plusieurs débats sur la juridiction hybride. Parce que le jugement Norman, l'un des vainqueurs de la guerre et des personnalités prestigieuses de l'après-guerre cause des critiques quant au rôle du Tribunal au Sierra Leone. En fait le tribunal a essayé d'assurer la réconciliation nationale grâce à une certaine impartialité du mécanisme judiciaire envers les perdants et les vainqueurs dans le procès Norman.³²⁰

³¹⁸Ethel Higonnet, op. cit., p.11

³¹⁹Suzanne Katzenstein, op. cit., p.246

³²⁰Arnaud Meffre, "La Justice Transitionnelle à l'Épreuve du Sierra Leone", *Notes de Recherche Mars 2005*, Centre d'Études sur le Droit International et la Mondialisation, Montréal, p.23

Les tribunaux internationaux ad-hoc doivent faire face aux problèmes financiers et organisationnels au début de leurs missions. Les tribunaux hybrides y doivent faire face continuellement parce que la création des tribunaux à caractère mixte entraîne le problème de la double légitimité. Par exemple les Panels Spéciaux au Timor Oriental ont été créés au sein du système national et il n'y avait pas de dispositions spécifiques concernant la division des responsabilités entre le gouvernement national et l'administration de l'ONU. Cette situation ambiguë a provoqué des débats entre les deux parties sur les responsabilités. Toutes les deux ont essayé de se débarrasser de leurs responsabilités. Les panels spéciaux du Timor Oriental n'avaient pas d'électricité jusqu'à l'année 2004 et la sécurité du personnel n'était pas assuré à cause des débats entre le gouvernement national et l'administration de l'ONU. En réalité le problème de la double légitimité est lié à la responsabilité des deux parties. De plus cette question a provoqué des problèmes au cours du recrutement du personnel.³²¹ En revanche, le Tribunal Spécial pour le Sierra Leone a réussi à laisser un impact plus positif que son homologue du Timor Oriental. Premièrement la mission du Tribunal a été définie d'une manière explicite dans le Statut du tribunal. Le Statut a indiqué les *rationae temporis* et *materiae* du Tribunal. Deuxièmement la création du Tribunal par l'accord entre le Sierra Leone et l'ONU a endigué le problème de la double légitimité. Enfin le Tribunal n'a pas expérimenté de problèmes financiers parce qu'il n'était pas financé directement par l'ONU. Il a exécuté sa mission grâce à des contributions volontaires des autres nations. De plus le Sierra Leone s'est adressée à la Commission Européenne pour le financement et le procureur du Tribunal. David Crane a pu-obtenir des fonds de la Commission Européenne et de « l'Institute of Open Society Initiative for West Africa (OSIWA) » pour les affaires de la sensibilisation du Tribunal.³²² La personnalité du procureur Crane a contribué à trouver une solution aux problèmes de légitimité et de crédibilité du tribunal qui pourraient augmenter dans la communauté locale et internationale. Au contraire les Panels Spéciaux au Timor Oriental n'avait pas d'administrateur jusqu'en Juillet 2002 pour organiser les affaires générales des Panels.³²³ Les problèmes capacitaires des Panels du Kosovo sont autant financiers qu'humanitaires. Les juges internationaux insensibles à la culture locale qui ont été

³²¹David Cohen, op. cit., p.9-10

³²²Ibid., p.21-22

³²³Suzanne Katzenstein, op. cit., p.262

nommés aux Panels du Kosovo, n'avaient pas d'expertise en matière de droit international.

La volonté politique était au sein de l'ONU de surpasser les problèmes capacitaires. Comme nous avons vu dans la réussite relative du Tribunal pénal pour le Sierra Leone, Cohen explique cette réussite par le soutien des membres du Conseil de Sécurité, particulièrement le soutien des Etats-Unis et du Royaume-Uni qui ont financé volontairement le Tribunal. De plus David Crane, un Américain, a été nommé comme le procureur du Tribunal qui était très efficace. Contrairement au Tribunal Spécial qui a pu exercer la pression internationale pour l'extradition de Charles Taylor du Nigéria, la communauté internationale n'a pas forcé l'Indonésie pour l'extradition des responsables au Timor Oriental ou la coopération avec les Panels Spéciaux pour le Timor Oriental.³²⁴

D'une part les tribunaux hybrides doivent faire face aux carences des tribunaux nationaux et internationaux, d'autre part ils ne peuvent pas bénéficier des privilèges des tribunaux pénaux internationaux ad-hoc en vertu du Chapitre VII de la Charte de l'ONU comme mécanismes d'application pour l'extradition, et l'obligation de coopération des autres Etats. Les hybrides n'échappent ni aux carences des tribunaux domestiques ni à ceux des tribunaux internationaux, parce qu'ils dépendent de l'ONU et du gouvernement local en même temps. Tandis qu'ils sont considérés en tant qu'alternatives aux tribunaux internationaux, nous pouvons les considérer comme des mécanismes complémentaires au TPIY comme en Bosnie-Herzégovine. Cependant en l'absence de la création d'un tribunal international ou de la capacité judiciaire nationale, les tribunaux hybrides peuvent être utilisés en tant qu'instruments de la justice transitionnelle à travers l'impartialité, la crédibilité et la légitimité. Les hybrides sont considérés comme des exemples de la justice de compromis en raison des désavantages d'un tribunal international et d'une juridiction nationale.

Comme nous l'avons vu plus tôt, les transitions post-conflictuelles nécessitent des processus plus holistiques qui harmonisent les facteurs pour la justice et la réconciliation nationale en même temps. D'ailleurs cette nécessité ouvre la porte aux nouveaux mécanismes de justice transitionnelle comme les tribunaux hybrides ou les

³²⁴David Cohen, op. cit., p.24-25

mécanismes dans le cadre de la justice restauratrice. Les instruments dans le cadre de la justice rétributive ne peuvent pas répondre seuls aux demandes compliquées des transitions post-conflictuelles et ils ont besoin d'instruments complémentaires. Parce que chaque instrument de la justice rétributive a ses propres compétences, il veut combiner ces compétences avec celles des autres instruments de la justice transitionnelle en considérant les spécificités de chaque pays en transition.

L'apparence de la justice restauratrice est toujours expliquée par les insuffisances de la justice rétributive mais elle est un résultat naturel du développement du concept et du changement paradigmatique de la justice transitionnelle. Les transitions ne sont plus linéaires, la rétribution n'est pas pleinement satisfaisante pour qu'un pays vive en paix. Les conditions de l'après-guerre rendent obligatoire la prise en compte de l'administration politique, militaire et civile de la société en question. D'ailleurs l'existence des éléments internationaux est demandée en raison de la complicité de la situation mais l'internationalisation totale du processus remis en question l'efficacité des instruments en termes de l'impact local c'est pourquoi les nouvelles demandes pour les instruments complémentaires au niveau national commencent à apparaître. L'internationalisation du processus de la justice transitionnelle dans le cadre de la justice rétributive, autrement dit l'engagement de l'ONU aux efforts de la justice rétributive via les tribunaux pénaux internationaux ad-hoc et des juridictions hybrides, fait valoir la localisation des instruments du concept au contexte de la justice restauratrice. L'engagement de l'ONU est très limité vis à vis ces mécanismes. La localisation du processus de justice transitionnelle à travers les instruments extra-judiciaires cause beaucoup de critiques sur la justice rétributive et l'internationalisation du concept de la justice transitionnelle.

La justice restauratrice est le cadre dans lequel les nouvelles demandes pour les instruments complémentaires et l'efficacité des instruments au niveau local sont concrétisées par les commissions de vérité, les réparations et les réformes institutionnelles. Tandis que la justice rétributive réussit à attribuer la responsabilité individuelle, à punir les coupables pour les violations des droits de l'homme, l'impact des instruments judiciaires sur la justice restauratrice, la communication, la sensibilisation, la solidarité sociale et la réconciliation nationale reste limité. Les instruments dans le cadre de la justice restauratrice sont construits pour combler les lacunes de la justice rétributive. La prise de décision sur l'instrument de la justice

transitionnelle dépend des besoins appropriés des Etats en voie de transition et la perception de justice varie de communauté à communauté, le truisme de la justice rétributive était laissé de côté. Les nouveaux instruments de la justice restauratrice ou les approches holistiques qui combinent les instruments de la justice rétributive et de la justice restauratrice commencent à gagner du terrain dans la réussite des processus de justice transitionnelle dans les régions différentes.

Section II : La justice restauratrice

La justice restauratrice a pour objectif la réconciliation nationale et la paix. Cet objectif peut être atteint par l'intermédiaire de mesures punitives. Elle priorise les besoins locaux, les demandes des victimes et les nécessités du processus de la justice transitionnelle. Selon Minow, la justice restauratrice tend à avantager le pardon et la réconciliation par rapport à la punition en portant sur toutes les parties du conflit et notamment sur les délinquants. De plus les réformes institutionnelles sont prévues par des mécanismes de la justice restauratrice pour la transformation de la société en voie de transition.³²⁵ Il est souhaitable que la justice restauratrice puisse répondre aux dilemmes de l'après-violence politique, de la réconciliation nationale et de la paix comme nous avons déjà vu dans les parties précédentes.

La justice restauratrice est acceptée comme l'approche concentrée sur les victimes alors que les instruments judiciaires de la justice rétributive ont une conception concentrée sur les délinquants. Les instruments de la justice rétributive portent essentiellement sur la procédure judiciaire, ils n'essayent pas de créer un récit du passé, d'analyser la transition du point de vue des victimes. De plus la position des victimes aux poursuites judiciaires ne va pas au-delà du statut de témoin en raison des règles de procès équitable et des normes imposées par le système accusatoire.³²⁶ La conception de la justice fondée sur le droit des victimes et le droit aux réparations se concentrent sur les aspects sociaux de la justice transitionnelle au-delà des impacts

³²⁵Martha Minow, op. cit., p.92

³²⁶Elizabeth Kiss, "Moral Ambition Within and Beyond Political Constraints", dans *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*, ed. par Robert I. Rotberg et Dennis Thompson, Princeton University Press, 2000, p.73-74

judiciaires et politiques.³²⁷ Pourtant Zalaquett souligne cette conception différemment dans le cadre de la justice restauratrice, en terme de buts du processus de la justice transitionnelle, la voie de parvenir à la justice à travers le pardon, l'amnistie et la réconciliation dans cette nouvelle conception. Selon lui le pardon et la réconciliation rendent obligatoire la reconnaissance de la vérité sur les violations des droits de l'homme. Autrement dit les dimensions du pardon et de l'amnistie sont intégrées au contexte de la justice restauratrice pour la réconciliation.³²⁸ D'ailleurs l'un des défis les plus importants de la justice restauratrice est de contrôler l'équilibre entre les buts de la justice transitionnelle qui peuvent parfois exiger des conditions contradictoires.

Le concept de la justice restauratrice dans le cadre de la justice transitionnelle apparaît à partir des années 1980. La transition vers la paix et la démocratisation à l'époque a rendu obligatoire l'existence d'une conception alternative de justice autre que la justice rétributive dans les processus de la justice transitionnelle. La majorité des transitions démocratiques a commencé avec un compromis politique entre les parties opposées dans les pays en voie de transition et l'absence de rapports entre les vainqueurs et les vaincus à la fin de la Deuxième Guerre Mondiale ce qui a rendu plus difficile la prise de la décision de juger le régime précédent.³²⁹ D'une part l'incapacité matérielle et humanitaire de la justice a provoqué les débats concernant la légitimité du droit national, d'autre part les modalités de transitions ont compliqué les rapports politiques entre les groupes opposés. Les élites des régimes précédents ont été protégées par les lois d'amnistie. Par exemple les forces du Général Pinochet et les forces de l'armée ont été épargnées pendant une longue période au Chili à cause de l'existence du décret-loi d'amnistie de 1978 et de leur position politique forte dans la société. D'autre part, le Président de l'Argentine Alfonsín a dû adopter les lois « *del punto final* » en 1986 et « *d'obéissance due* » en 1987 en raison de la pression militaire après la prise de décision des procédures légales envers les responsables des crimes commis durant la dictature militaire.³³⁰ En fait les obstacles légaux et politiques ont poussé les nouveaux détenteurs du pouvoir à penser une nouvelle conception de la justice transitionnelle. Au-delà de ces raisons structurelles dans les pays en voie de

³²⁷Jaime Malamud-Goti, "Punishing Human Rights Abuses in Fledgling Democracies: The Case of Argentina", dans le livre *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, ed. par Naomi Roht-Arriaza, Oxford University Press, New York et Oxford, 1995, p.

³²⁸Elizabeth Kiss, op. cit., p.82

³²⁹Sandrine Lefranc, "Les Commissions de Vérité : une Alternative au Droit ? », *Droit et cultures*, 56, 2008/2, p.132

³³⁰Ibid., p.133

transition, le changement paradigmatique moderne du concept de justice transitionnelle joue un rôle primordial sur la multiplication des instruments autour de la justice restauratrice.

Le jugement des responsables des violations des droits de l'homme est considéré comme une obligation morale à partir d'années 1980. D'une part les obstacles légaux et politiques empêchent de faire le choix de l'obligation morale, d'autre part les priorités des processus de la justice transitionnelle changent à propos des valeurs importantes. Les nouveaux processus demandent la vérité et la réconciliation. Par conséquent, les nouveaux instruments inventés pour répondre à ces demandes devraient prendre en compte ces objectifs originaux de la justice restauratrice. La justice restauratrice est définie comme une conception de la justice autre que la justice rétributive dans le rapport final de la Commission de Vérité de l'Afrique du Sud. Selon le rapport cette nouvelle conception de la justice *«ne se préoccupe pas de la punition autant que la correction des déséquilibres, la restauration des relations brisées avec la guérison, l'harmonie et la réconciliation. Cette justice met l'accent sur l'expérience des victimes et l'importance de la réparation»*.³³¹ L'approche concentrée sur les droits des victimes de la justice restauratrice met l'accent sur tous les aspects de la justice transitionnelle comme les réparations, les réformes institutionnelles et les amnisties qui pourraient être favorables à l'impact social du processus.

La définition étroite de la justice restauratrice est résumée comme *« un processus par lequel toutes les parties impliquées dans une infraction particulière se réunissent pour résoudre collectivement les séquelles de l'infraction et ses conséquences pour l'avenir »* par Tony Marshall.³³² La définition étroite de Marshall touche seulement aux parties impliquées (les victimes, les délinquants et les communautés affectées comme les familles des victimes et des délinquants) mais elle n'explique pas les objectifs de la justice restauratrice : la guérison, l'harmonie et la réconciliation. La définition limitée du concept peut être expliquée par la diversité des contextes dans lesquelles la justice restauratrice est exécutée. Par exemple l'harmonie et la réconciliation prend de l'importance en Afrique du Sud, l'aspect distributif de la justice restauratrice dans le cadre des réparations et du développement est priorisé au

³³¹Rapport final de la Commission de Vérité de l'Afrique du Sud(Cape Town, 1998), Vol.1, chap.1, par.36. p.8, <http://www.justice.gov.za/trc/report/finalreport/Volume%201.pdf>, consulté le 22.10.2016

³³²John Braithwaite, "Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts", *Crime and Justice*, Vol.25, 1999, p.5

Guatemala par la collaboration avec les institutions financières internationales et les banques de développement comme le Banque Mondiale, le Fond Monétaire International et le Programme des Nations-Unies pour le développement.³³³ Pourtant la justice restauratrice est expliquée d'une manière explicite dans le rapport final de la Commission de la Vérité en tant qu'un processus qui :

*«a) vise à redéfinir le crime: il déplace le principal objectif du crime des lois ou des infractions contre un État sans visage à une perception du crime comme des violations contre les êtres humains, comme une blessure ou un mal fait à une autre personne;
b) est fondé sur la réparation: il vise la guérison et la restauration de toutes les personnes concernées- des victimes en premier lieu, mais aussi des délinquants, de leurs familles et des communautés affectés ;
c) encourage les victimes, les délinquants et la collectivité à participer directement à résoudre les conflits, avec les professionnels de l'État et du droit agissant comme facilitateurs;
d) appuie un système de justice pénale qui vise à la responsabilité des délinquants et la participation des victimes et des délinquants et de faire du bien ou redresser ce qui ne va pas.»*

Il n'y a pas de référence directe aux objectifs de la justice restauratrice dans cette définition de la Commission. Elle met l'accent sur l'approche humaine parce que cette justice traite toutes les parties humaines lors de la transition. En outre la justice restauratrice donne plus d'importance à la participation de la société au processus de justice transitionnelle et cette priorisation peut combler la lacune de la localité basant sur l'absence de l'approche centrée sur les victimes dans la justice rétributive.

La justice restauratrice est responsable d'exécuter trois missions importantes selon Kiss :

*« 1) affirmer et restaurer la dignité des personnes dont les droits ont été violés ;
2.) tenir les auteurs responsables en soulignant le préjudice qu'ils ont fait aux individus ;
3.) créer des conditions sociales dans lesquelles les droits de l'homme seront respectés »³³⁴*

L'approche concentrée sur l'humain garantit la participation des victimes au processus de la justice transitionnelle. Kiss affirme que la justice restauratrice offre aux victimes le droit à la vérité, le droit à la réparation, le droit à la justice et le droit à la non-répétition par les réformes institutionnelles en assurant leur dignité humaine.³³⁵

³³³Rama Mani, *Beyond Retribution Seeking Justice in the Shadows of War*, Polity Press, 2002, Cambridge, p.164

³³⁴Elizabeth Kiss, op. cit., p.79

³³⁵Ibid., p.83

Tandis qu'il n'y a pas de définition exacte de la justice restauratrice, la plupart des réflexions sur le concept soulignent l'approche centrée sur les victimes, l'encouragement de toutes les parties du conflit, l'importance des réparations et l'exécution collective du processus de la justice transitionnelle. D'ailleurs les tentatives pour la codification de la justice restauratrice ont commencé au sein de l'ONU à travers les politiques, les procédures et les programmes pour les conditions des victimes et la réhabilitation des délinquants. La Déclaration de Vienne sur la criminalité et la justice souligne que : *« relever les défis de XXI^e siècle en 2000 a déterré l'approche holistique de la justice restauratrice qui contient les intérêts des victimes, des délinquants, des collectivités et de toutes les autres parties »*.³³⁶ De plus la résolution des Principes fondamentaux concernant le recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale a été acceptée en août 2002 par le Conseil économique et social de l'ONU.³³⁷ Enfin en 2006 le manuel sur les programmes de justice réparatrice a été publié par l'Office de l'ONU contre la drogue et le crime, et la définition de la justice restauratrice en tant que justice réparatrice a été faite par l'ONU :

« Par justice réparatrice, on entend un processus par lequel on combat la délinquance en réparant le mal fait aux victimes, en rendant les délinquants comptables de leurs actes et, souvent, en associant la communauté à la résolution du conflit. La participation des parties est un aspect essentiel de ce processus, qui place l'accent sur l'établissement d'une relation, sur la réconciliation et sur la recherche d'une entente entre les victimes et le délinquant. Cette méthode peut s'adapter à diverses cultures et aux besoins de différentes communautés. Grâce à elle, la victime, le délinquant et la communauté regagnent une certaine maîtrise du processus. Ce processus, de surcroît, peut lui-même souvent transformer les relations qui existent entre la communauté et le système judiciaire ».³³⁸

La définition dans le manuel de l'ONU comporte tous les éléments principaux de la justice restauratrice. D'une part la responsabilité des délinquants est prise en compte avec les réparations aux victimes, d'autre part l'importance de la participation de la communauté est soulignée aux termes de la réconciliation nationale. De plus l'ONU

³³⁶Déclaration de Vienne sur la criminalité et la justice: relever les défis du XXI^e siècle, Dixième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Vienne, 10-17 avril 2000, A/CONF.184/4/Rev.3, para. 29, http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/55/59, consulté le 22.10.2016

³³⁷Principes fondamentaux relatifs au recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale, Conseil Économique et Social des Nations Unies (E/2002/30)

³³⁸Manuel sur les programmes de justice réparatrice, l'Office de la Drogue et du Crime de l'ONU, New York, 2008, p.6 http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Programme_justice_reparatrice.pdf, consulté le 22.10.2016

attire l'attention sur les particularités des composantes locales en se référant au sujet de la culture spécifique et des besoins différents des communautés. Le caractère « de bas en haut » (*bottom up*) de la justice restauratrice dépend de l'inclusion de la communauté au processus de la justice transitionnelle. Cette dépendance peut être expliquée par la conception différente de la justice restauratrice en soulignant les carences de la justice rétributive comme la localité, l'ignorance des victimes ou la réhabilitation de la société.

Tatsuda suggère cinq éléments de la justice restauratrice pour les sociétés en transition en se basant sur les analyses théoriques de justice restauratrice de Daniel Van Ness, Gerry Johnstone et Karen Heetderks Strong.³³⁹ Ces cinq éléments de la justice restauratrice sont la rencontre, la réparation, la réintégration, l'inclusion et la transformation.³⁴⁰ L'instrumentalisation de la justice restauratrice se développe à travers ces éléments. La rencontre entre les victimes et les délinquants peut être réalisée au cours des sessions de la Commission de vérité. Les pays organisent des programmes de réparations pour réparer les dégâts causés par les violations des droits de l'homme. La réintégration, l'inclusion et la transformation pourraient être effectuées par l'harmonie de tous les instruments de la justice restauratrice. Pourtant les réformes institutionnelles devraient être priorisées d'une perspective organisationnelle pour l'intégration des délinquants violents à la société par les mesures de DDR (désarmement, démobilisation, réintégration) ou la transformation du régime précédent en supprimant les anciennes élites de la scène politique par les lois de lustration et en contribuant au renforcement des secteurs différents de la société.

La justice restauratrice a été appliquée aux crimes des délinquants juvéniles auparavant.³⁴¹ L'instrumentalisation de la justice restauratrice devient réalisable dans le cadre de la justice transitionnelle grâce aux commissions de vérité à partir de la fin des années 1970 en Argentine et au Chili. En outre la diversification des instruments de la justice restauratrice dépend de l'insuffisance des commissions de vérité et des instruments de la justice rétributive en matière de réponse aux attentes des victimes et aux nécessités de la réconciliation nationale. Les demandes de réparations trouvent

³³⁹Voir Daniel Van Ness et Karen Heetderks Strong, *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*, OH, Anderson, 2010

³⁴⁰Rena Tatsuda, "A Response to Transitional Societies: The Balance between Restorative and Retributive Justice in the Role of the International Criminal Court", *Young Penalists Symposium on Transitional Justice*, 2011, p.37

³⁴¹John Braithwaite, op. cit., p.7

leur place dans les programmes de réparations. De plus les réformes institutionnelles sont envisagées pour la transformation du système inégalitaire qui provoque les raisons d’être des violations des droits de l’homme et les causes structurelles des conflits intra-étatiques à partir de la fin des années 1980.

Les commissions de vérité

Les commissions de vérité sont les instruments les plus populaires de la justice restauratrice. 59 commissions de vérité ont été créées depuis 1974. Ce nombre était de 21 jusqu’à 2001.³⁴² Cette multiplication des commissions de vérité dans les dernières années peut être expliquée par la recherche des mécanismes alternatifs dans le contexte de la justice restauratrice au cours du processus de la justice transitionnelle post-confliktuelle. D’ailleurs les débats concernant la justice restauratrice ont commencé avec la formation des commissions de vérité à partir de la fin des années 1970. Tandis que la formation des commissions a commencé dans les années 1970, le tournant décisif dans la généralisation de l’utilisation de ce type de commission a été le succès relatif de la Commission de la Vérité et de la Réconciliation sud-africaine qui a été établie pour « *promouvoir l’unité nationale et la réconciliation dans un esprit de compréhension qui transcende le conflit et les divisions du passé* » en menant des enquêtes sur les violations des droits de l’homme commises entre le 1^{er} mars 1960 et l’adoption de la Constitution intérimaire en 1993³⁴³.

La Commission de la Vérité et de la Réconciliation sud-africaine est devenue l’instrument le plus cité dans la littérature de la justice restauratrice mais il y avait des spécificités uniques appartenant à cette commission par rapport aux autres commissions tels que les audiences publiques, ou encore l’octroi de l’amnistie individuelle. Malgré les spécificités uniques propres à chaque commission de vérité, il y a aussi des particularités communes selon Hayner. Premièrement les commissions de vérité se concentrent sur les faits du passé. En second lieu, elles essayent d’examiner la pratique de l’abus pendant une période évaluée et non les événements spécifiques. Troisièmement ces instruments sont des organes temporaires qui devraient compléter leur devoir pendant le processus indiqué comme six mois ou un an par la publication

³⁴²<http://tjdbproject.com/index.php?page=1&&mtype%3A%3A2=Truth+Commission&startyear=&endyear=2016>, consulté le 10.10.2016

³⁴³ Dominique Darbon, “ La Truth and Reconciliation Commission. Le miracle sud-africain en question » *Revue française de science politique*, 48^e année, n°6, 1998, p.717

d'un rapport. Enfin en général les Etats sanctionnent et autorisent la formation des commissions mais parfois la commission de vérité peut se situer parmi les dispositions d'un traité de paix avec l'opposition armée comme dans le cas du Congrès National Africain(ANC) qui a créé une commission de vérité.³⁴⁴ En général Hayner définit les commissions de vérité en tant que « mécanismes qui sont créés pour enquêter sur l'histoire des violations des droits de l'homme dans un pays particulier. ». Elle fait référence seulement à deux spécificités communes des commissions dans sa définition qui sont la concentration sur les faits du passé et les limites temporelles de l'examen des faits du passé³⁴⁵.

Les définitions des commissions de vérité diffèrent l'une de l'autre, c'est pourquoi il y a des listes dissemblables des commissions de vérité rédigées par des auteurs différents. Les définitions des auteurs différents se concentrent sur le caractère officiel des commissions qui sont créées en général par le gouvernement national pour mener des enquêtes sur les violations des droits de l'homme pendant une période déterminée³⁴⁶. Ces définitions strictes de la commission de la vérité ne sont pas suffisantes pour expliquer toutes les composantes de ces instruments. Les auteurs affirment que les spécificités qui se situent dans les définitions comme des audiences publiques, la période courte déterminée, la publication du rapport final ne sont pas des conditions obligatoires appropriées à toutes les commissions de vérité.³⁴⁷ Par exemple les audiences publiques n'étaient pas communes jusqu'à leur utilisation par la Commission sud-africaine. En fait les périodes de travail pour les commissions sont limitées à un ou deux ans mais il y a des exceptions comme la Commission en Ouganda qui a été créée en 1986 pour documenter les violations de droits de l'homme commises sous les gouvernements précédents à partir du moment de l'indépendance, le 9 Octobre 1962, jusqu'à l'arrivée au pouvoir de Museveni le 25 Janvier 1986. Elle avait travaillé pendant huit ans.³⁴⁸ Pourtant la définition vague qui inclut toutes les spécificités de la

³⁴⁴Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths Confronting State Terror and Atrocity*, 2001, Routledge, London, p.14

³⁴⁵Priscilla Hayner, « Fifteen Truth Commissions 1974 to 1994... », p.600

³⁴⁶Voir Daniel J. Hendy, « Is a Truth Commission the Solution to Restoring Peace in Post-Conflict Iraq? », *Ohio State Journal of Dispute Resolution*, 20, p.527 ou Ruti Teitel, *Globalizing Transitional Justice*, p.56

³⁴⁷Geoff Dancy, Hunjoon Kim & Eric Wiebelhaus-Brahm (2010), "The Turn to Truth: Trends in Truth Commission Experimentation", *Journal of Human Rights*, 9:1, p.47

³⁴⁸<http://www.usip.org/publications/truth-commission-uganda-86>, consulté le 12.10.2016

Commission devrait faire référence aux caractéristiques structurelles, temporelles, normatives et téléologiques de ces instruments.

Au-delà des spécificités communes des commissions de vérité indiquées par Hayner, l'instrumentalisation du droit à la vérité au sein des commissions de vérité remet en question la légalité à travers le concept de la justice transitionnelle. Le grand débat concernant le concept oppose la justice à la paix. Les commissions de vérité sont considérées comme plus performantes par rapport aux instruments judiciaires. D'une part la vérité est traitée comme une trajectoire importante envers la réconciliation, d'autre part le besoin pour les nouveaux instruments de la justice restauratrice en comblant les lacunes de la justice rétributive comme la localité, l'approche centré sur les victimes, la réhabilitation de la société devrait être considéré. Les commissions de vérité tentent de construire une relation étroite entre les victimes et les auteurs pendant les sessions. Ce qui est plus important encore, elles assurent la reconnaissance nationale des crimes internationaux tels que les crimes contre l'humanité, le génocide, les crimes d'agression et les crimes de guerre. De plus elles rendent plus difficile pour les auteurs de nier les crimes commis au cours des audiences publiques, retransmises par des émissions de radio et de télévision comme dans le cas en Afrique du Sud. La Société des émissions sud-africaine a télédiffusé un programme spécial concernant les rapports spéciaux sur la Commission de Vérité et de Réconciliation chaque dimanche entre Avril 1996 et Mars 1998 et ce programme est devenu le programme le plus populaire pendant une longue période. De plus, les programmes radio ont atteint plus de gens parce que la radio était plus accessible que la télévision pour la population sud-africaine³⁴⁹. La reconnaissance nationale est considérée comme l'étape la plus importante de la réconciliation. En d'autres termes, produire une vérité nationale à la fin des enquêtes n'est pas suffisante pour parvenir à la réconciliation nationale. La reconnaissance nationale par toutes les parties de la société est essentielle.

Le but prioritaire des commissions de vérité qui est la révélation de la vérité n'est pas une mission facile en face de l'existence des multiples versions de la vérité selon les parties du conflit. L'existence de plusieurs types de « vérités » est traitée dans le rapport final de la Commission de la Vérité et de la Réconciliation sud-africaine d'une manière théorique: 1) la vérité factuelle à savoir les preuves rassemblées

³⁴⁹James L. Gibson, « The Contributions of Truth to Reconciliation », *Journal of Conflict Resolution*, Vol.50 No.3, June 2006, p.416

et corroborées par des procédures fiables ; 2) la vérité personnelle et narrative, comprenant les multiples histoires par des individus sur leurs expériences sous le régime d'*apartheid* ; 3) la vérité sociale ou de dialogue, qui s'était établie à travers l'interaction, la discussion, le débat entre les victimes, les auteurs et la commission tout entière et 4) la vérité guérissant et restauratrice, qui a situé les faits et leurs significations dans un contexte de relations humaines entre citoyens et dans les relations de ceux-ci avec les autorités publiques³⁵⁰. Les types de vérité indiqués dans le rapport reflètent toutes les versions de la vérité nécessaires pour parvenir à la réconciliation nationale. En général la vérité factuelle devrait être réévaluée quand la vérité individuelle devrait être entendue pour la réhabilitation des victimes par la Commission. La reconnaissance officielle devrait être assurée par la vérité sociale en établissant le dialogue entre les parties du conflit. Par conséquent les commissions de vérité assurent un forum public pour les victimes et les auteurs au niveau institutionnel et contribuent à la restauration des nouvelles relations entre les victimes et les auteurs. En d'autres termes elles essayent de remplir toutes les dimensions de la justice restauratrice³⁵¹. L'une de ces dimensions est d'assurer la réconciliation nationale par la révélation de la vérité dans un premier temps.

En Afrique du Sud, il est dit que la commission a été créée pour « *promouvoir l'unité nationale et la réconciliation dans un esprit de compréhension qui transcende le conflit et les divisions du passé* »³⁵². Pourtant l'objectif de la réconciliation suscite un processus plus complexe que celui de la vérité c'est pourquoi le caractère multidimensionnel de la réconciliation devrait être pris en compte par les commissions de vérité. La Commission de la Vérité et de la Réconciliation sud-africaine a expliqué les niveaux différents du processus de la réconciliation : « 1) la réconciliation individuelle, qui digère des vérités très pénibles, par exemple après des exhumations et de réinhumations de victimes ; 2) la réconciliation au niveau interindividuel, dans

³⁵⁰La traduction de Stephan Parmentier, "La Commission de Vérité et de réconciliation en Afrique du Sud: possibilités et limites de justice restauratrice après des conflits politiques majeurs", *Victimes de guerre en quête de justice: faire entendre leur voix et les pérenniser dans l'histoire*, sous la direction de Denis Salas, 2004, L'Harmattan (Paris), pp. 61 ; Voir le rapport final de la Commission de Vérité et de Réconciliation en Afrique du sud, vol.1, p.110-114, <http://www.justice.gov.za/trc/report/>, consulté le 10.10.2016

³⁵¹Elmar G. M. Weitekamp, Kris Vanspauwen, Stephan Parmentier, Martha Valinas et Roel Gerits, "How to Deal with Mass Victimization and Gross Human Rights Violations, A Restorative Justice Approach", dans *Large-scale victimisation as a potential source of terrorist activities: importance of regaining security in post-conflict societies*, ed. par Uwe Ewald and Ksenija Turkovici 2006, NATO Security through Science Series - E: Human and Societal Dynamics, Vol. 13, p. 227

³⁵²Loi de 1995 relative à la promotion de l'Unité Nationale et de la Réconciliation, Section 3 de la Chapitre II, <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1995-034.pdf>, p.4, consulté le 11.10.2016

les relations entre victimes et auteurs spécifiques ; 3) au niveau de la communauté, et notamment au sein des communautés locales et entre elles ; et 4) la réconciliation nationale, en dirigeant l'attention sur le rôle de l'Etat et des institutions non étatiques »³⁵³. Le succès des commissions de vérité du point de vue réconciliateur est encore un objet de débat parce que la réconciliation individuelle et nationale ne dépend pas l'une de l'autre. La réconciliation nationale ne suscite pas la réconciliation individuelle directement. De plus, la commission de la vérité ne garantit pas le dialogue entre les victimes et les auteurs. D'ailleurs le rôle de la vérité et de la réconciliation qui sont considérés comme primordiales pour la paix et la sécurité, est toujours débattu en raison de l'ignorance de l'aspect de la justice.³⁵⁴ Nous pouvons dire que les commissions de vérité tentent d'assurer la justice d'une perspective différente, par la justice restauratrice. Minow a mis la justice restauratrice entre la vengeance et le pardon.³⁵⁵ Du Toit aussi explique les commissions de vérité comme une « solution au dilemme entre poursuites pénales des responsables d'atrocités à finalité politique ou amnistie générale et une innovation conceptuelle contestable dans le domaine de la justice transitionnelle »³⁵⁶.

Leman-Langlois classe les objectifs des commissions de vérité en trois groupes, des objectifs périphériques, des objectifs secondaires explicites et des objectifs implicites. Selon lui, la représentation des groupes sociaux ignorés en faisant entendre leurs voix pourrait pousser les coupables à témoigner et à révéler la vérité dans le cadre des objectifs périphériques des commissions. En second lieu il traite l'éducation de la société sur le passé et la moralité, la réconciliation nationale et l'effet dissuasif des commissions parmi les objectifs secondaires. Enfin l'impact politique des commissions est souligné, le maintien du nouveau gouvernement, la stabilité de la transition politique et la prise en compte des demandes publiques d'action officielle sont considérés comme les objectifs implicites de ces instruments.³⁵⁷ Les mandats des commissions se diversifient en voie de ces visées larges malgré les fonctionnements similaires. Malgré les mandats diversifiés des commissions, la plupart de ces

³⁵³ La traduction de Stephan Parmentier, "La Commission de Vérité et de réconciliation en Afrique du Sud...", op. cit, p.106-110, <http://www.justice.gov.za/trc/report/>, consulté le 11.10.2016

³⁵⁴ Kevin Avruch et Beatriz Vejarano, "Truth and Reconciliation Commission: A Review Essay and Annotated Bibliography", *The Online Journal of Peace and Conflict Resolution*, 4.1, 2002, p.41

³⁵⁵ Martha Minow, op. cit., p.10

³⁵⁶ Andre du Toit, "La Commission de Vérité et Réconciliation sud-africaine Histoire Locale et responsabilité face au Monde", *Politique Africaine*, 2003/4(No : 92), p.99

³⁵⁷ Stéphane Leman-Langlois, "La vérité réparatrice dans la Commission de vérité et réconciliation d'Afrique du Sud", *Les Cahiers de la Justice*, Paris, 2006, Dalloz, No : 1, p.210

instruments porte des noms similaires qui sont appropriées à leurs objectifs. Les mots « vérité », « justice » et « réconciliation » sont utilisés. Les commissions reflètent leur raison d'être dans leurs noms tels que les commissions en Amérique Latine qui ont préféré le mot « disparitions »³⁵⁸. D'un autre côté, le mot « réconciliation » a commencé à être utilisé après le succès relatif de ce mécanisme sud-africain.³⁵⁹ Tandis que les mots utilisés sont liés directement aux objectifs des commissions, en même temps selon Du Toit les pays qui ont vécu des processus de transition politique similaires préfèrent sélectionner des mécanismes identiques comme la prévalence des commissions de disparitions en Amérique Latine.³⁶⁰

Le fonctionnement des commissions de vérité est similaire en général mais il y a des applications diversifiées en termes de mandat, de compétence, de composition et de publication du rapport final. Il n'y a pas de modèle unique de commission à appliquer dans tous les pays en transition politique. Les dimensions locales et nationales des transitions démocratiques ou des conflits peuvent nécessiter la prise en compte des conditions appropriées à chaque pays tels que la gravité des violations des droits de l'homme, la nature du conflit, la culture politique, la priorisation des objectifs et le caractère des transitions politiques.

Les commissions de vérité dans le pays d'Amérique Latine ont été créées à la fin de l'époque des transitions politiques des années 80. Lorsque les gouvernements civils ont pris le pouvoir suite au renversement des régimes, les nouveaux gouvernements nationaux ont pu créer une commission au Chili ainsi qu'en Argentine. Les demandes de création des commissions de la vérité ont commencé après que les guerres civiles soient terminées par la signature des traités de paix (par exemple en El Salvador et au Guatemala).³⁶¹ La formation de la Commission de Vérité était l'une des premières revendications des traités de paix. Les traités de paix dans ces deux pays ont été signés dans le cadre des dispositifs de l'ONU, par conséquent l'ONU a assisté à la

³⁵⁸ Commission nationale d'enquête sur les Disparus en Bolivie (1982-1984) a été créé en octobre 1982 pour la révélation de la vérité sur les disparitions forcées commises durant les dictatures militaires entre 1964 et 1982,

Commission nationale sur la disparition des personnes en Argentine-CONADEP (1983-1984) a été créé en décembre 1983 pour enquêter sur les graves violations des droits de l'homme commises par la dictature militaire entre 1976-1983,

Commission d'enquête sur la situation des personnes disparues en Uruguay (1985) a été créée en 1985 pour enquêter sur les personnes disparues durant le processus militaire entre 1973-1982 qu'a subi le pays, et les faits qui ont entraîné ces disparitions

³⁵⁹ Geoff Dancy, Hunjoon Kim & Eric Wiebelhaus-Brahm (2010), op. cit., p.21

³⁶⁰ Andre du Toit, op.cit, p.103

³⁶¹ Margaret Popkin et Naomi Roht-Arriaza, "Truth as Justice: Investigatory Commissions in Latin America", *Law and Social Inquiry*. 20:79, 1995, p.81

création des commissions de la Commission de Vérité au Salvador, a été financé par l'ONU entre 1992-1993 et l'ONU a nommé les commissaires internationaux à la demande des parties du traité de paix³⁶². Pourtant la plupart des commissions de vérité a été établie par les décrets présidentiels comme en Argentine (1983-1985), en Ouganda (1986-1994), au Chili (1990-1991), il y a des exceptions telles que la commission en Uruguay qui a été créée par le Parlement en 1985 ou la commission de vérité et de réconciliation sud-africaine, le 19 juillet 1995 par la loi relative à la promotion de l'Unité nationale et de la Réconciliation. De plus, deux commissions d'enquête établies par l'ANC ont été acceptées parmi les commissions de vérité. La création d'une commission de vérité dépend de l'impératif national d'enquêter sur l'histoire des violations des droits de l'homme par un décret présidentiel, la décision du Parlement ou par la demande de l'Etat à l'ONU. Nous pouvons définir les commissions de vérité comme des instruments plus appropriés aux valeurs nationales que les tribunaux pénaux internationaux. Malgré l'engagement international au cours de la création du processus des commissions de vérité comme dans le cas d'El Salvador, le rôle de l'ONU reste limité et elle pourrait contribuer à la construction d'un dialogue avec la population locale par la révélation de la vérité au cours des sessions des commissions.

La diversification des mandats des commissions encadre les conditions appropriées à chaque pays. Roht-Arriaza affirme que la nature des violations des droits de l'homme est un facteur déterminant dans les choix des commissions de vérité en tant qu'instrument de la justice transitionnelle. L'existence des disparitions et des assassinats par des escadrons de la mort anonymes poussent les Etats vers le choix de la révélation de la vérité. Par exemple la commission nationale sur la disparition des gens en Argentine a été établie en 1983. Les assassinats par les escadrons de la mort anonymes étaient très communs dans les pays comme El Salvador, l'Uruguay et Haïti qui ont fait recours aux commissions de vérité.

Les mandats des commissions ont été limités par quelques crimes spécifiques parce que l'enquête de tous les genres de crimes dans une période assez limitée est devenue une mission impossible. Pour résoudre ce problème les commissions ont limité le contenu de leur mission par les actes qui concernent les violations graves des

³⁶²Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths Confronting State Terror and Atrocity*,..., p.38-39

droits de l'homme. La commission de la vérité et de réconciliation au Chili par exemple était chargée de l'investigation des cas d'assassinats et des disparitions pendant le régime de Pinochet entre le 11 septembre 1973 et le 11 Mars 1990, tandis que la torture n'a pas été incluse dans le cadre de cette commission.³⁶³ D'autre part les crimes ont été inclus dans le mandat de la Commission de la Vérité et de la Réconciliation sud-africaine dans la section des tâches. Les meurtres, les enlèvements, les tortures et les traitements abusifs perpétrés par le régime *d'apartheid* et par l'ANC étaient considérés en tant que violations limitées des droits de l'homme sous l'autorité de l'enquête de la commission sud-africaine³⁶⁴. Pourtant la perspective de se concentrer seulement sur les crimes spécifiques a été critiquée à cause du manque de toutes les dimensions de violations des droits de l'homme, par exemple la commission a été critiqué à cause sa négligence de l'aspect social et économique de *l'apartheid*. En d'autre termes, les débats concernant l'aspect local de la justice transitionnelle continuent à travers des poursuites pénales internationales, la priorisation des droits de première génération et la négligence des droits économiques et sociaux au sein des commissions de vérité qui suscitent le débat actuel au travers de la justice restauratrice et de la prise en compte de la justice sociale. Malgré l'absence de la justice sociale, comme nous avons suggéré bien avant, la Commission de Vérité et de Réconciliation sud-africaine est considérée comme un bon exemple. Les facteurs déterminants dans la réussite de la commission sud-africaine proviennent de l'exercice d'opération unique, de la culture politique et des spécificités endogènes du pays.

L'opération unique de la commission sud-africaine est expliquée par l'utilisation de l'amnistie individuelle en échange d'une totale révélation de la vérité mais l'octroi de l'amnistie n'est possible que si les personnes ont commis des actions en raison des objectifs politiques. En d'autre termes si les violations des droits de l'homme résultent des actes criminels, il n'y pas de possibilité d'une amnistie pour les coupables présumés. Par ailleurs, les organes de la commission ont été déterminés dans le cadre du mécanisme de l'amnistie. La commission était formée de trois organes ; un comité sur la violation des droits de l'homme pour mener des enquêtes, un comité sur l'amnistie pour analyser les demandes d'amnistie et un comité sur la réparation et la réhabilitation des victimes pour formuler des réparations. Autrement dit, le système

³⁶³Margaret Popkin et Naomi Roht-Arriaza, op. cit., p.84

³⁶⁴La traduction de Stephan Parmentier, " La Commission de Vérité et de réconciliation en Afrique du Sud...", op. cit. p.48, <http://www.justice.gov.za/trc/report/>, consulté le 12.10.2016

sud-africain est construit par le classement hiérarchique des missions de la commission. Du Toit définit l'amnistie dans l'opération, comme la nouvelle conception la plus originale du modèle sud-africain malgré les pratiques défectueuses et problématiques.³⁶⁵ De plus, il affirme que la commission analyse la vérité et la réconciliation en associant la vérité et l'aveu en voie de responsabilité et de justice. Selon lui, la disposition de la révélation de toute la vérité concernant les violations des droits de l'homme, pourrait assurer la reconnaissance de la responsabilité des candidats qui ont fait recours pour l'amnistie.³⁶⁶ D'ailleurs dans le cas d'absence d'une possibilité de responsabilité pénale, la responsabilité des délinquants peut être garantie par la révélation de la vérité au sein des commissions de vérité. Les débats concernant la divulgation des noms des personnes qui ont commis des violations des droits de l'homme se déroulent aussi autour des questions du concept de responsabilité. Les commissions comme la commission de vérité et de réconciliation du Chili ou la commission pour l'éclaircissement historique de Guatemala, qui ont choisi de ne pas déclarer les noms des coupables dans leurs rapports finaux, affirment que les nécessités d'un procès équitable ne sont pas remplis au cours des sessions des commissions et c'est pour cette raison que la divulgation des noms suppose l'attribution de la responsabilité pénale sans les poursuites pénales.³⁶⁷ C'est pourquoi quelques commissions ont appliqué des méthodes spécifiques pour assurer les standards d'un procès équitable dans leurs travaux. Par exemple, la commission de vérité au Salvador a établi la méthode de trois niveaux de certitude qui dépend de la hiérarchisation de la suffisance des preuves en tant qu'écrasant, substantiel et suffisant.³⁶⁸ La commission de vérité et de réconciliation sud-africaine a donné la notification 21 jours à l'avance aux personnes dont les noms devaient être déclarés dans les sessions publiques.

La popularité de la commission sud-africaine provient de la transparence du processus parce que les audiences publiques des victimes et des auteurs des violations des droits de l'homme qui étaient absents dans les commissions de vérité, ont attiré l'attention de la communauté internationale. De plus, le succès contestable de la commission sud-africaine est expliqué en général par l'originalité de l'amnistie, mais Gibson dans ce cas, souligne l'importance de la culture politique et des particularités

³⁶⁵ Andre du Toit, op. cit., p.108

³⁶⁶ Ibid.

³⁶⁷ Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths Confronting State Terror and Atrocity*,..., p.124

³⁶⁸ Ibid., p.131

endogènes du pays. Premièrement la commission sud-africaine a pu accéder à la société sud-africaine par les sessions publiques qui donnent la chance aux victimes de raconter leur histoire. En second lieu, tous les partis politiques ont condamné le rapport final de la commission et cette condamnation montre la prépondérance de l'impartialité dans les travaux de l'instrument de l'établissement de la vérité. Cette perception de l'impartialité assure la légitimité du processus en révélant la vérité. Troisièmement, la prépondérance de l'impartialité a suscité l'attribution de la responsabilité à toutes les parties en Afrique du Sud y compris l'ANC et le régime de *l'apartheid*. En outre, la priorisation des mécanismes restaurateurs a contribué à l'approbation du processus de justice transitionnelle par la population sud-africaine. Autrement dit, l'approche concentrée sur les victimes des mécanismes restauratrices a encouragé la participation directe de la population dans le processus du traitement du passé. Enfin, selon Gibson, les rôles joués par Desmond Tutu qui était un archevêque anglican sud-africain et le président de la commission de vérité et de réconciliation avec Nelson Mandela, qui était la figure politique la plus forte de l'ANC, étaient primordiaux pour le processus de justice transitionnelle en Afrique du Sud.³⁶⁹ D'une part l'aspect religieux de la réconciliation a été complété par la nomination de Tutu en tant que président de la Commission et les discours thérapeutiques et religieux sur la guérison et la réconciliation au sein de la personnalité de Tutu a fait accepter la légitimité sociale et spirituelle du processus.³⁷⁰ D'autre part l'existence d'une figure politique aussi forte et symbolique que Mandela a aidé ainsi à l'approbation des travaux de la Commission par la société en faisant référence à l'importance de la réconciliation. En outre, Gibson affirme que les particularités endogènes de la culture politique en Afrique du Sud ont contribué aussi au succès relatif de la commission.

La culture politique de l'Afrique du Sud est apparue davantage dans le choix d'une commission de vérité en tant qu'instrument de justice transitionnelle au lieu de préférer les méthodes de la justice rétributive. L'Etat de droit en Afrique était toujours très fort, le régime de *l'apartheid* était un système basé sur les principes légaux. Nous pouvons définir les applications du régime apartheid comme l'abus de pouvoir par les décrets de l'état d'urgence ou les actions contre les membres appartenant aux cadres du mouvement de l'anti-apartheid. Au-delà de la position forte de l'Etat de droit, la pluralité politique a assuré la représentation des intérêts de toutes les parties dans la

³⁶⁹James L. Gibson, op. cit., p.416-418

³⁷⁰Andre du Toit, op. cit., p.109

société au cours du processus de la commission de vérité. Gibson attire l'attention aussi au nombre limité des victimes qui ont été influencé directement par *l'apartheid*, il affirme que la plupart de la société a été composée des spectateurs passifs. Enfin il parle d'une relation linéaire entre le nombre des spectateurs passifs et la possibilité de la réconciliation. Si le nombre des spectateurs passifs est la majorité dans une société, la réconciliation est beaucoup plus possible dans ces sociétés qu'aux pays où les violations des droits de l'homme sont exécutées par la plupart de la population.³⁷¹ En fait les particularités endogènes de la culture politique peuvent être considérées aussi comme les causes qui ont poussé l'Afrique du Sud à la création de la commission de vérité en tant qu'instrument de la justice transitionnelle.

Sooka affirme ainsi les critères généraux qui devraient être pris en compte en choisissant les commissions de vérité en tant qu'instrument de justice transitionnelle. La nature des violations des droits de l'homme avec les caractéristiques de la transition politique sont prioritaires par rapport aux commissions de vérité. La puissance relativement forte des anciennes élites politiques repousse les Etats aux mécanismes non-judiciaires. Comme nous avons mentionné dans le succès relatif de la commission sud-africaine, l'approbation nationale de la commission de vérité est d'autant plus importante que la culture politique des pays en transition est fondée sur les droits de l'homme, la démocratie et l'Etat de droit. Enfin, la hiérarchisation des objectifs de justice transitionnelle est essentielle dans le choix de l'instrument, de la priorisation de réconciliation et de la guérison par rapport à la justice, qui font démarquer l'option de la commission de la vérité.³⁷² Landsman aussi fait référence à l'importance de l'approbation nationale du processus, mais il souligne également la nécessité d'un programme de réparation pour les victimes.³⁷³

Le choix de la commission de vérité en tant qu'instrument de la justice transitionnelle dépend en général des conditions historiques, structurelles, opérationnelles et politiques. Les conditions historiques sont directement liées aux genres des violations des droits de l'homme. Comme nous avons mentionné au début de la section, l'existence des disparitions forcées en Amérique Latine a rendu obligatoire la révélation de la vérité comme la voie la plus sûre en cas d'une transition compromise et de recours au choix de la commission de la vérité. L'option de la justice

³⁷¹James L. Gibson, op. cit. ,p.422-426

³⁷²Yasmin Sooka, « Dealing with the Past and Transitional Justice: Building Peace Through Accountability », *International Review of Red Cross*, Vol:88, No:862, June 2006, p. 315

³⁷³Stephan Landsman, op. cit., p.92

restauratrice est toujours expliquée par l'incapacité des instruments de la justice rétributive dans le pays en question, autrement dit, les conditions structurelles et opérationnelles du secteur judiciaire dans les pays qui sont en voie de transition politique, obligent les Etats à rechercher les options les plus rapides qui peuvent contribuer au processus de justice transitionnelle à court terme. Enfin, les types de transitions politiques ont un impact sur la sélection de l'instrument de justice transitionnelle. Les transitions compromises empêchent le recours aux mécanismes judiciaires comme dans la transition en Afrique du Sud si les élites politiques préservent leurs privilèges. Roht-Arriazza et Popkin expliquent la sélection de la commission de vérité en théorie en tant qu'une voie vers les autres options, mais selon eux, en pratique, les commissions sont sélectionnées en répondant aux demandes de justice transitionnelle pour leurs coûts relativement moins élevés par rapport aux options judiciaires et pour leurs méthodes plus pratiques du traitement du passé.³⁷⁴

Les commissions de vérité sont considérées comme les instruments plus efficaces à répondre aux demandes des victimes que les mécanismes de la justice rétributive. Les contributions des commissions en termes de la vérité ont un impact direct sur les victimes. Selon Leman-Langlois, la vérité peut accomplir les objectifs de justice transitionnelle, elle peut contribuer à réconcilier les parties dans la société en rétablissant la dignité des victimes et dénonçant les actes des coupables. Enfin, elle aide le développement dans le niveau d'éducation des nations en termes de droits de l'homme et la reconstruction de la nation.³⁷⁵ D'autre part Sooka évalue les commissions de vérité d'une perspective plus générale en analysant leur impact en termes d'objectifs de la justice restauratrice. Selon elle, les commissions peuvent remplir toutes les fonctions ci-dessous :

- « -La contribution à l'établissement de la démocratie
- La reconnaissance nationale
- Le traitement de la négation du passé
- La réponse aux besoins des victimes
- Les réparations
- La réconciliation
- La construction d'un récit commun du passé et la détermination des critères communs pour la construction de l'avenir »³⁷⁶

³⁷⁴Margaret Popkin et Naomi Roht-Arriaza, op. cit., p.8

³⁷⁵Stéphane Leman-Langlois, op. cit., p.216

³⁷⁶Yasmin Sooka, op. cit., p.317

En général la Commission de vérité forme un forum officiel aux victimes pour qu'ils racontent leurs histoires en assurant la reconnaissance nationale de la vérité et en établissant la dignité des victimes. Malgré les contributions des commissions de vérité en termes de vérité et de réconciliation, leur impact à long terme sur l'avenir du pays reste limité.

Premièrement l'absence de l'attribution de la responsabilité en dehors de la déclaration des noms des responsables n'assure pas une perception réelle de la justice. En second lieu, les recommandations dans les rapports finaux ne sont pas remplies directement par les gouvernements tandis qu'elles sont primordiales pour faire fonctionner les objectifs de justice transitionnelle. Les recommandations contiennent des réformes sur le secteur judiciaire, sur les mécanismes de sécurité et sur les réparations. Autrement dit, les commissions essayent de répondre à tous les aspects de la justice restauratrice à la fin de la publication du rapport final. Par exemple le gouvernement de l'ANC en Afrique du Sud a répondu aux recommandations de la commission d'une manière tardive, particulièrement à celles sur le problème de l'indemnisation à cause des contraintes budgétaires. Le gouvernement sud-africain a pu expliquer finalement les détails de l'indemnisation après la publication du rapport en avril 2003. Si les recommandations ne peuvent être appliquées proprement, l'impact des commissions de la vérité reste limité à long terme sur le processus de justice transitionnelle et elles ne peuvent pas susciter des changements structurels. Cet impact limité des commissions est lié à la tiédeur du gouvernement autant qu'aux limites opérationnelles des instruments. Troisièmement, Leman-Langlois juxtapose les obstacles de la commission comme « *les archives détruites, les témoins disparus ou muets, les tensions internes à l'institution et les ressources humaines et financières limitées* »³⁷⁷. Ces limites opérationnelles aussi dépendent des mandats des commissions. Aucune commission de vérité n'a le pouvoir d'assignation sauf la commission sud-africaine et cette situation limite la marge de manœuvre des instruments.³⁷⁸ De plus, tandis que les commissions de vérité sont considérées comme les instruments les plus concentrés sur les victimes, leur impact sur les victimes peut être controversé. D'une part, raconter l'histoire dans un forum officiel peut contribuer à la guérison des victimes, d'autre part il y a la possibilité de traumatisme pour les victimes à cause de l'évocation des violations du passé, parce que la plupart des

³⁷⁷Stéphane Leman-Langlois, op. cit., p.210

³⁷⁸Margaret Popkin et Naomi Roht-Arriaza, op. cit., p.97

commissions n'a pas de personnels qui sont spécialistes dans les domaines social et psychologique. Par exemple il y avait seulement quatre personnels professionnels de santé au sein de la Commission sud-africaine.³⁷⁹ Enfin, tandis que Mendeloff affirme que la révélation de la vérité peut contribuer à la paix ou à la réconciliation nationale en termes de huit aspects différents, nous pouvons parvenir à cette conclusion seulement en cas de la complémentarité de la mission de la commission de vérité jusqu'à la mise en œuvre des dispositions dans le rapport final.³⁸⁰

La vérité nationale officielle peut assurer la préemption et la dissuasion en cas de l'existence de la justice. En outre, en cas de l'absence de la justice, la réconciliation et la guérison qui peuvent créer les conditions nécessaires pour la démocratie et l'éducation publique ne peuvent pas être assurées. Tous les aspects de la paix doivent être remplis pour que le processus de justice transitionnelle puisse réussir. Par exemple, bien qu'il n'y ait pas de risque de conflit en Afrique du Sud maintenant, nous ne pouvons pas parler d'une existence de réconciliation nationale vraiment puissante.

Un dernier exemple de commission de vérité qui a été établie récemment en 2014 est l'Instance vérité et dignité (IVD) en Tunisie. Le processus de justice transitionnelle qui a eu lieu du 17 décembre 2010 au 14 janvier 2011 en Tunisie s'est réalisé après la Révolution de la liberté et de la dignité. La révolution en Tunisie a éclaté après l'immolation, le 17 décembre 2010, de Tarik Bouazizi, vendeur ambulant tunisien à Sidi Bouzid. Les émeutes qui suivirent l'immolation de Tarik Bouazizi ont provoqué la chute du régime de Ben Ali et la révolution se répandit progressivement dans les pays du Maghreb et du Moyen Orient sous le nom de Printemps arabe. Les conséquences des contestations ont été diverses selon les réactions des régimes au pouvoir. Certains pays tels que le Maroc, l'Algérie, l'Arabie Saoudite et le Koweït ont entamé des réformes pour réassurer la paix sociale contrairement à d'autres comme la Syrie et le Yémen qui eurent recours à la force. La répression de l'Etat s'est terminée par une guerre civile en Libye qui s'acheva par une intervention humanitaire internationale le 19 mars 2011. Le Printemps arabe causa la chute des régimes autoritaires en Tunisie et en Egypte. En fait, le processus de justice transitionnelle en Tunisie qui a été lancé pour « la révélation de la vérité, la préservation de la mémoire, la redevabilité et l'obligation de rendre compte, la réparation des préjudices, la

³⁷⁹Priscilla B. Hayner, *Unspeakable Truths Confronting State Terror and Atrocity*,..., p.144-145

³⁸⁰David Mendeloff, "Truth-Seeking, Truth Telling, and Postconflict Peacebuilding: Curb the Enthusiasm?", *International Studies Review*, Vol.6, No.3(Sep.2004), p.358.

réhabilitation, la réforme des institutions, la réconciliation » a pu commencer grâce aux mouvements des sociétés³⁸¹.

L'Instance vérité et dignité a été créée dans le cadre de la Loi organique 2013-53 du 24 décembre 2013, relative à l'instauration de la justice transitionnelle et à son organisation en Tunisie. Il était chargé de révéler les violations des droits de l'homme entre le 1^{er} juillet 1955 et la date de promulgation de la Loi organique autrement dit depuis l'indépendance de la Tunisie. Les 15 membres de l'instance, choisis parmi 390 applications, ont été élus en mai 2014³⁸². Les cinq commissions de l'instance sont la commission d'arbitrage et de conciliation, la commission d'examen fonctionnel et de réforme des institutions, la commission d'enquête et d'investigation, la commission de réhabilitation et de réparation, la commission de conservation de la mémoire et la commission de la femme³⁸³. L'organisation structurelle complexe de l'Instance se fondant sur ces cinq commissions avec une grande compétence matérielle et temporelle a été critiquée au niveau national selon les diverses missions déterminées dans l'Article 39 de la Loi organique comme suit :

« Art. 39 - L'Instance assure les missions suivantes :

- tenir des audiences, à huit-clos ou publiques, des victimes des violations et pour tout autre raison en rapport avec ses activités,
- faire des investigations sur les cas de disparition forcée non résolus, sur la base des communiqués et des plaintes qui lui seront présentés et déterminer le sort des victimes,
- collecter les informations et repérer, recenser, confirmer et archiver les violations en vue de constituer une base de données et d'élaborer un registre unifié des victimes de violations,
- déterminer les responsabilités des appareils de l'Etat ou de toutes autres parties, dans les violations relevant des dispositions de la présente loi, en clarifier les causes et proposer des solutions permettant d'éviter que ces violations se reproduisent,
- élaborer un programme global de réparation individuelle et collective des victimes des violations, basé sur :
 - * la reconnaissance des violations subies par les victimes et la prise de décisions et mesures de dédommagement en leur faveur,

³⁸¹ Loi Organique 2013-53 du 24 décembre 2013, relative à l'instauration de la justice transitionnelle et à son organisation, <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/SERIAL/95319/112171/F-313159060/TUN-95319.pdf>, consulté le 25.11.2017

³⁸² <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Briefing-Tunisia-TJLaw-2015.pdf>, consulté le 25.11.2017

³⁸³ http://www.ivd.tn/fr/?page_id=436 , consulté le 25.11.2017

en tenant compte de toutes les décisions et mesures administratives ou judiciaires antérieures prises en leur faveur,

* la définition des critères requis pour le dédommagement des victimes,

* la détermination des modalités de paiement des indemnités, en tenant compte des estimations prévues pour le dédommagement,

* la prise de mesures provisoires et urgentes d'assistance et de dédommagement des victimes »³⁸⁴.

Malgré les critiques adressées à l'IVD, les séances publiques de l'Instance ont suscité un grand intérêt au niveau mondial. Après que l'instance ait reçu 62.000 plaintes relatives aux violations et 11.000 témoignages, elle a organisé sa première séance publique le 17 novembre 2016. Les séances publiques ont été diffusées par la télévision et la radio nationales en anglais, français et arabe³⁸⁵.

Depuis novembre 2016, l'Instance a organisé dix séances jusqu'en juin 2017. Alors que Sihem Ben Sedrine, la présidente de l'Instance, et ancienne opposante à la dictature de Ben Ali, avait affirmé que la Tunisie ne pourrait plus bénéficier des avantages de la démocratie, les séances publiques ont mis un terme à la nostalgie de la dictature. Pourtant les controverses politiques entre le parti au pouvoir, Nidaa Tounès et le parti islamiste Ennahda ont eu un effet direct sur la crédibilité de l'instance parce que Béji Caid Essebsi, président de la République tunisienne depuis décembre 2014, a déclaré pendant sa campagne électorale en 2014 qu'il voulait dissoudre l'Instance en affirmant ses insatisfactions sur le processus tunisien de justice transitionnelle. Par ailleurs le président de l'Instance a été accusé d'être influencé par le parti islamiste Ennahda malgré l'autonomie de la commission de vérité³⁸⁶. Pourtant les travaux de l'IVD, ayant contribué à l'inclusion des droits économiques pendant le processus de justice transitionnelle dans le cadre de la lutte contre la corruption en Tunisie, ont traité de plusieurs dossiers sur la corruption. Dans ce cadre, la réconciliation économique se situe aussi parmi les autres missions de l'Instance. La priorisation des droits de première génération et la négligence des droits économiques et sociaux au sein des

³⁸⁴Loi Organique 2013-53, <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/SERIAL/95319/112171/F-313159060/TUN-95319.pdf>, consulté 25.11.2017

³⁸⁵ Entretien avec Sihem Ben Sedrine par Mohamed Haddad et Frédéric Bobin dans Le Monde du 21.06.2017, http://www.lemonde.fr/afrique/article/2017/06/21/sihem-ben-sedrine-l-etat-bloque-la-justice-transitionnelle-en-tunisie_5148698_3212.html, consulté 25.11.2017

³⁸⁶ Ibid.

commissions de vérité qui font objets de débats sur la justice restauratrice ont été prises en pendant le processus de justice transitionnelle tunisien.

D'ailleurs les commissions de vérité essayent de remplir tous les aspects de la justice restauratrice par la publication du rapport final qui contiennent les recommandations sur les réparations et sur les réformes institutionnelles. L'approche holistique est aussi essentielle dans le cadre de la justice restauratrice. Puisque la vérité sans les réparations n'a pas de sens direct pour les victimes et que la vérité avec les réparations ne demande pas de réformes institutionnelles, cette approche ne peut pas garantir la réussite du processus de justice transitionnelle à long terme sans un changement considérable dans la structure des pays en transition.

Les réparations

La prévention individuelle et collective de la violation des droits de l'homme fait partie de l'ensemble monolithique de la révolution normative des années 1990 concernant la nouvelle moralité internationale. La dite-moralité fait valoir la protection des droits de l'homme sur la souveraineté nationale, défend la saisie de la démocratie constitutionnelle et souligne la responsabilité tant étatique qu'individuelle en cas de violation des droits de l'homme. En d'autres termes, la justice globale sert de cadre aux concepts de la moralité internationale. Dans une logique de suprématie de la justice internationale, les réparations seront davantage abordées dans le cadre de la moralité et du politique que dans le cadre du droit international. Pour reprendre les idées de Falk, l'évolution du droit international est en étroite relation avec la politique et la morale. En effet, la codification des changements politiques et moraux se fait par le biais des textes de droit international³⁸⁷. C'est dans cette perspective que les réparations figurent dans les textes de droit international, suite aux débats concernant la responsabilité étatique et individuelle en cas de violation des droits de l'homme.

La définition du terme réparation dépend de sa catégorisation judiciaire ou administrative. Il est généralement admis que les réparations doivent remédier aux conséquences subies par les civils, victimes des violations des droits de l'homme. Elles sont considérées comme l'instrument le plus tangible de la justice transitionnelle

³⁸⁷ Richard Falk, "Reparations, International Law, And Global Justice: A New Frontier", *Handbook of Reparations*, ... p.479-480

envers des victimes³⁸⁸. La différence entre la catégorisation judiciaire et administrative se pose au sujet de l'instrumentalisation des tentatives de réparations. Tandis que les réparations judiciaires sont réalisées par le biais des poursuites judiciaires, les programmes de réparations, quant à elles, sont des instruments administratifs appliqués avec l'aval des autorités nationales. A titre indicatif, Greiff fait une distinction entre les divers objectifs de ces instruments. En effet, vu dans un cadre judiciaire, les réparations prétendent à remédier aux violations des droits de l'homme au cas par cas, c'est-à-dire de façon individuelle, alors que de manière civile, elles se fondent, au contraire, sur des mesures collectives³⁸⁹. Les réparations judiciaires qui sont finalisées suite à une poursuite judiciaire n'ont, par conséquent, un effet direct que sur la victime. Au contraire, les programmes administratifs offrent des réparations à une plus large catégorie de personnes victimes des violations des droits de l'homme³⁹⁰.

En raison de leur perspective inclusive, au cours de la transition politique, les programmes de réparations sont considérés être plus efficaces, comparés aux poursuites judiciaires qui contribuent à la généralisation des programmes administratifs. Avant tout, la protection des individus devient un sujet prééminent du droit international. Ensuite, la responsabilité de l'Etat à indemniser les préjudices suite aux violations des droits de l'homme est reconnue par tous. Dans cette perspective, rappelons que le principe de souveraineté n'est plus considéré comme un élément légitime du droit de non-ingérence en cas de violations des droits de l'homme. En raison de l'absence d'initiatives nationales à octroyer des réparations aux victimes des violations massives des droits de l'homme, des mécanismes régionaux et internationaux ont été mis en place³⁹¹. A titre d'exemple, la Cour Internationale de Justice a affirmé qu'« Israël a l'obligation de réparer tous les dommages causés à toutes les personnes physiques et morales concernées » au cours de la construction du mur de séparation dans le territoire palestinien occupé. De plus, concernant la réparation, la CIJ a fait référence aux modalités essentielles qui ont été formulées par

³⁸⁸ Pablo De Greiff, "Introduction Repairing the Past: Compensation for Victims of Human Rights Violations", *Handbook of Reparations*, ... p.2

³⁸⁹ Pablo De Greiff, "Justice and Reparations", *Handbook of Reparations*, ... p.452-453

³⁹⁰ Publication HR/PUB/08/1 du Haut-Commissariat de l'ONU aux Droits de l'Homme sur les instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit, http://www.ohchr.org/Documents/Publications/ReparationsProgrammes_fr.pdf, consulté le 22.12.2016

³⁹¹ Richard Falk, op. cit., p.485

la Cour permanente de justice internationale dans l'arrêt de l'Usine de Chorzow en 1928³⁹². Les modalités essentielles décidées par la Cour sont comme suit :

«Le principe essentiel, qui découle de la notion même d'acte illicite et qui semble se dégager de la pratique internationale, notamment de la jurisprudence des tribunaux arbitraux, est que la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature, ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature; allocation, s'il y a lieu, de dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place; tels sont les principes desquels doit s'inspirer la détermination du montant de l'indemnité due à cause d'un fait contraire au droit international »³⁹³.

Selon Greiff, les dites-modalités englobent la restitution, l'indemnisation, la réadaptation et la satisfaction dans le cadre du droit international. Si la restitution ne semble pas possible, les autorités ont alors recours à l'indemnisation. Quant à la satisfaction, elle vise à combler les dommages moraux par différents moyens tels que les excuses publiques ou les cérémonies d'hommage et de commémorations des victimes.

Les programmes de réparations reposent d'une part, sur les réparations judiciaires et d'autre part, sur leur codification dans les textes internationaux concernant les droits de l'homme. Les programmes administratifs prennent forme selon la prééminence de l'individu dans le droit international, la reconnaissance de la responsabilité de l'Etat pour les violations des droits de l'homme et la codification du droit à la réparation.

Les programmes de réparations tentent de fournir des compensations directes aux victimes de violations. Greiff considère les réparations dans un sens plus restreint. Alors que les programmes sont en étroite relation avec les diverses initiatives de la justice transitionnelle, aucune corrélation n'y peut être établie avec la punition pénale, l'établissement de la vérité ou encore avec les réformes institutionnelles³⁹⁴. Les programmes semblent plus efficaces que les réparations judiciaires puisqu'ils

³⁹² Avis consultatif du 9 Juillet 2004 de la Cour Internationale de Justice sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, par. 152, <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1671.pdf>, p.198

³⁹³ Arrêt de l'Usine de Chorzów de la Cour permanente de Justice Internationale, No:13, 1978, Série A-No: 17, p.47, http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf, consulté le 22.12.2016

³⁹⁴ Pablo De Greiff, "Justice and Reparations"... p.453

dépendent des conditions structurelles des Etats ainsi que de la nature des crimes commis. Dans cette perspective, il serait pertinent de remarquer en premier lieu, que les violations en question doivent être systématiques et explicites afin de pouvoir mettre en place des programmes de réparation puisque le cas échéant, elles sont sujettes à des poursuites judiciaires. Deuxièmement, notons que les organisations non-gouvernementales spécialisées sur la question des droits de l'homme jouent un rôle bien spécifique et important dans l'élaboration des programmes puisqu'elles accordent la priorité aux attentes des victimes. L'aspect irréparable des violations des droits de l'homme joue un rôle décisif dans la prise de décision concernant l'instrumentalisation de la justice transitionnelle. Même si les programmes sont limités dans le sens qu'ils empêchent de retrouver une personne disparue ou de tracer son passé précédant les années de torture et de détention illégale, ils accordent à la victime un statut détenteur de droit. Enfin, précisons que les conditions structurelles des pays, à savoir la faiblesse des capacités institutionnelles, la suspension des relations sociales, le manque de confiance et la rareté des ressources financières favorisent la mise en vigueur des programmes de réparations³⁹⁵. Pourtant, rappelons que l'existence d'un contexte favorable à l'instauration des programmes de réparation n'est pas suffisante à elle seule.

Les qualités *sine qua non* des programmes qui assurent l'intégrité du processus devraient être prises en considération à l'étape du développement des programmes. L'internalisation des programmes au sein même des sociétés dépend de leurs qualités : l'intégrité, l'exhaustivité, la complexité, la cohérence, la finalité et la munificence³⁹⁶. Tout d'abord, l'intégrité des programmes doit être garantie par la détermination stricte des victimes bénéficiaires. Il semble bien difficile d'offrir une réparation à toutes les victimes probables. Greiff énumère deux critères essentiels afin de garantir l'intégrité des programmes ; d'une part, les normes appliquées en matière de preuve et d'autre part, les problèmes structurels. L'établissement de normes de preuve peut mettre à l'écart les personnes susceptibles d'obtenir des réparations. Les efforts de sensibilisation, le délai limité des inscriptions, les listes fermées et les exigences des demandes individuelles sont des problèmes structurels qui peuvent avoir un impact négatif sur l'intégrité des programmes de réparations. A titre indicatif, citons

³⁹⁵ La Publication HR/PUB/08/1, op. cit., p.12

³⁹⁶ Pablo De Greiff, "Introduction Repairing the Past...", p.6-13

l'exemple du programme de réparation initié par la Commission de vérité et de réconciliation de l'Afrique du Sud qui, écartant de leur liste fermée les probables bénéficiaires, a dirigé le programme en question par le biais des projets de sensibilisation. C'est justement pour cette raison que le programme sud-africain aurait échoué et ce malgré la réussite relative de la Commission dans le contexte de la justice transitionnelle³⁹⁷.

Notons que l'exhaustivité des programmes fait partie intégrante de leur intégrité, sachant que cette première inclut les objets des programmes, autrement dit, les divers types de crimes indemnisés. Alors que les réparations sont prévues pour les victimes disparues ou décédées, il n'y aurait pas de consensus concernant les cas de torture ou de déplacement territorial. La focalisation sur les droits civil et politique, un des aspects les plus critiqués de la justice transitionnelle, présente un défi majeur pour les programmes de réparations. Les droits économiques et sociaux ne sont pas considérés comme des causes légitimes pour prétendre aux droits de réparations. Par exemple, en Argentine, les programmes ne portaient que sur les crimes en relation avec la disparition forcée, la détention arbitraire, les dommages graves et les cas de décès en cours de détention. Les personnes victimes d'autres crimes, tels que les enfants nés en captivité de parents disparus ou de détenus politiques durant les années dictatoriales entre 1976 et 1983 ou encore les enfants victimes de substitution d'identité et enregistrés sous un autre nom de famille étaient mis à l'écart des compensations proposées par les programmes de réparations. Pourtant en Afrique du Sud, les victimes des violations économiques et sociales n'ont pas été prises en considération dans la section des recommandations de réparation. Dans cette section, les violations graves des droits de l'homme sont l'assassinat, l'enlèvement, la torture, et les mauvais traitements portant atteinte à l'intégrité physique de l'individu. Par ailleurs, le régime de l'*apartheid* tout en dégradant les conditions de la vie quotidienne a créé un système abusif économiquement et socialement. Les recommandations proposées par les autorités sud-africaines n'ont pas visé à améliorer les déséquilibres structurels³⁹⁸. Pourtant, les types de crimes listés dans les programmes de réparations peuvent se transformer et s'étendre avec le temps comme ce fut le cas au Chili. En effet, jusqu'en 2004, date à laquelle une nouvelle commission chilienne a publié un rapport

³⁹⁷ Ibid., p.6

³⁹⁸ Loi sur la Promotion de l'unité et de la réconciliation nationale promulguée en 1995, p.3, <http://www.justice.gov.za/legislation/acts/1995-034.pdf>, consulté le 26.12.2016

concernant les crimes de torture ou de détention illégale, les crimes assujettis aux réparations ne concernaient que ceux qui étaient victimes de violence politique meurtrière, d'exécutions politiques et de disparitions sous détention³⁹⁹.

L'intégrité et l'exhaustivité des programmes de réparations dépendent d'un large éventail de crimes et donc par conséquent d'une catégorisation des victimes. Les différents instruments de réparations tels que la compensation monétaire, la présentation d'excuses officielles, le soutien éducatif, les services de soins de santé ont élargi le champ d'exécution du programme de réparation. La crédibilité et le succès des réparations dépendent de la complexité du dit-programme sachant que la diversification des instruments de réparations enrichit le contenu des programmes. Les demandes des victimes sont satisfaites selon la complexité du processus⁴⁰⁰.

De la cohérence et de la qualité prévues pour les programmes de réparations s'ensuivent la relation interdépendante entre les réparations et les autres instruments de la justice transitionnelle. Grieff souligne la nécessité d'une cohérence interne et externe dans la désignation des programmes de réparations pour l'assurance de leur efficacité et de leur succès relatif.⁴⁰¹ La cohérence interne indique que les réparations matérielles et symboliques doivent être combinées afin de garantir la cohérence des programmes. A titre indicatif, les réparations américaines, adressées aux victimes américaines d'origine japonaise et aux résidents japonais dans les camps après l'attaque de Pearl Harbour déportées et internées par le décret 9066 signé par Franklin Roosevelt en date du 19 février 1942, comprenaient des indemnisations monétaires et la présentation d'excuses officielles⁴⁰². Dans cette perspective, le contenu des réparations américaines a certes amélioré la cohérence interne du programme. Au contraire, dans l'exemple du cas brésilien, malgré les indemnisations monétaires, des excuses officielles n'ont pas été présentées aux victimes de violences politiques durant la dictature militaire. L'absence de reconnaissance de la responsabilité étatique a certainement détérioré le statut des victimes et par conséquence la cohérence interne du programme des réparations.

³⁹⁹ Rapport de la commission nationale sur l'emprisonnement et la torture (le rapport Valech) le 29 novembre 2004, <https://www.usip.org/publications/2003/09/commission-inquiry-chile-03>, consulté 29.12.2016

⁴⁰⁰ Pablo De Greiff, "Introduction Repairing the Past...", p.10

⁴⁰¹ Ibid., p.11

⁴⁰² Daniel Sabbagh, « Le statut des « Asiatiques » aux États-Unis – L'identité américaine dans un miroir » [archive], *Critique internationale* n° 20, juillet 2003, p. 77

Quant à la cohérence externe, la relation interdépendante entre les mécanismes de justice transitionnelle est prise en compte par les programmes des réparations. La complémentarité entre les différents mécanismes de la justice transitionnelle est très importante afin d'assurer le succès tout au long du processus transitionnel. Sachant que chaque mécanisme a ses avantages et désavantages, une approche holistique serait probablement la plus appropriée pour répondre aux demandes du processus de justice transitionnelle tels que la justice pénale, la révélation de la vérité ou encore les réformes institutionnelles. Au demeurant, les réparations envisagées sont perçues comme le montant nécessaire à l'Etat pour obtenir le silence ou l'acquiescement des victimes et de leur famille. Alors que les réparations visent à combler directement les besoins des victimes, la vérité semble être établie par le biais des commissions de vérité et la justice est rendue par l'intermédiaire des poursuites judiciaires⁴⁰³. Pour résumer, cette relation interdépendante qui est expliquée par la cohérence externe est primordiale pour les succès du processus de justice transitionnelle. La sélection d'un seul instrument peut aussi influencer l'intégrité, l'exhaustivité et la cohérence de l'ensemble du processus de justice transitionnelle.

La relation interdépendante entre les réparations et le droit pénal est plus compliquée comparée à celle entre les autres instruments de la justice transitionnelle. La désignation des programmes de réparations comme le mécanisme final complique le processus pour les victimes. D'une part, si les réparations sont désignées en tant que mécanisme final, les victimes risquent de perdre leur droit d'aller en justice. D'autre part, le gouvernement peut créer un programme de réparations sans interdire le recours aux voies judiciaires. Pourtant, la présence de deux méthodes engendre le risque d'un double paiement pour une même peine. De plus, les programmes de réparations perdraient de leur crédibilité en cas de recours à la justice puisque les indemnisations monétaires, suite à un litige civil, seraient davantage perçues comme des allocations⁴⁰⁴. En revanche, alors que les initiatives administratives contribuent à l'élargissement du contenu du statut des victimes en tant que détenteur de droit, le dressement collectif des violations des droits de l'homme peut être réalisé par les programmes de réparations.

⁴⁰³ Pablo De Greiff, "Introduction Repairing the Past...", p.11

⁴⁰⁴ Ibid., p.12

La munificence ne peut pas être considérée comme une qualité *sine qua non* parce que le montant attribué aux victimes ne garantit pas directement le succès du programme de réparations. Les indemnisations monétaires dépendent de plusieurs différentes conditions telles que la structure socio-économique des pays, le nombre des victimes ou les voies de financement.

La qualité des programmes de réparations s'ensuivent des victimes et des crimes inclus au processus de justice transitionnelle. La décision concernant le choix des victimes et des crimes qui seront traités constitue l'étape déterminante dans la désignation des réparations.

Dans cette perspective, avant toute chose, il serait nécessaire de définir précisément le contenu du terme de victime. La victime est toute personne sujette à une violation des droits de l'homme et donc ayant droit à une réparation. Dans la Déclaration des principes fondamentaux de la justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir en date de 1985, pour définir la victime, l'ONU fait une référence directe aux différentes catégories de violations des droits de l'homme comme l'atteinte à l'intégrité physique et mentale ou aux droits fondamentaux de l'individu entraînant une souffrance morale voire une perte matérielle. Cela dit, les catégories des victimes se différencient selon les conditions propres aux violations massives dans chaque Etat. Tandis que l'exhaustivité du programme est très importante pour le succès du processus de la justice transitionnelle, les gouvernements choisissent de hiérarchiser les crimes entre eux-mêmes. Les gouvernements attribuent davantage de réparations aux victimes de violations des droits civils et politiques tels que la disparition, les détentions arbitraires qu'à la violation courante des droits de l'homme comme l'atteinte à la liberté de parole ou de participation aux affaires politiques⁴⁰⁵. Par exemple, le programme au Brésil et en Argentine concernait les victimes disparues et leur permit ainsi l'obtention de réparations. La Commission de vérité et de réconciliation en Afrique du Sud définit en détail, en 1985, dans la section 1.1 de la Loi sur la promotion de l'unité et de la réconciliation nationales, le terme de victime et les crimes leur permettant l'obtention de réparations⁴⁰⁶.

⁴⁰⁵ La Publication HR/PUB/08/1, op. cit., p.21-22

⁴⁰⁶ Voir La Loi sur la Promotion de l'unité et de la réconciliation nationale promulguée en 1995, Sec.1.1

Les commissions de vérité sont les principaux mécanismes de recommandations concernant les réparations comme dans l'exemple de l'Afrique du Sud. Pourtant, certains Etats, comme le Brésil, le Maroc et le Guatemala ont décidé de former des commissions ou des procédures de réparations autonomes. Certaines initiatives ont aussi été entreprises suite aux actes législatifs sans avoir recours à un mécanisme spécial pour les réparations. Dans ce cadre, à titre d'exemple, rappelons que l'Argentine a mis en place différentes initiatives élargissant ainsi les lois de réparations les plus connues du pays concernant les disparitions, les détentions arbitraires, les préjudices graves et les décès en détention avec une loi en date de 2004 incluant dorénavant, les victimes ignorées jusqu'à l'époque, à savoir les personnes qui ont subi des substitutions d'identité et les mineurs en détention en raison de la détention ou de la disparition de leur famille⁴⁰⁷. La désignation des réparations principalement au sein des commissions de vérité est directement liée avec le fonctionnement de ces mécanismes se fondant sur les victimes. Les commissions peuvent rassembler l'information nécessaire sur les victimes et les violations des droits de l'homme pour désigner le programme propre aux besoins selon l'évènement. De plus, la crédibilité des commissions de vérité joue un rôle important dans la perception des recommandations de réparations par le peuple. Enfin, la composition des commissions de vérité qui se fonde sur des représentants de la société civile facilite la désignation des programmes de réparations dans une atmosphère participative⁴⁰⁸. La relation interdépendante entre la commission de vérité et les réparations peut contribuer relativement à l'intégralité du processus de justice transitionnelle. En raison des exigences d'une approche holistique qui combine les différents mécanismes de la justice transitionnelle, les réparations attribuées par les commissions de vérité peuvent être considérées finalement comme un choix adéquat.

Les réparations distribuées font l'objet d'une double distinction fondamentale. Alors que d'une part, la distinction entre les réparations individuelles et collectives porte sur la catégorisation des distributions, d'autre part, la différenciation entre les réparations matérielles et symboliques concerne le type des compensations. Les compensations matérielles prennent la forme de versements en espèces, des ensembles de services comme l'éducation, la santé, le logement tandis qu'au contraire, les

⁴⁰⁷ Publication HR/PUB/08/1, op. cit., p.13

⁴⁰⁸ Ibid., p.14

réparations symboliques se manifestent sous la forme d'excuses officielles, de changement de nom, du choix de jours de commémoration, de la création de musées et de parcs ainsi que de la prise de mesures pour la réhabilitation et la réadaptation des victimes. Qu'elle soit individuelle, collective, symbolique voire même matérielle, chacune de ces actions concernent les réparations individuelles ou collectives⁴⁰⁹. La hiérarchisation des crimes dans le cadre des programmes ont aussi un effet sur la diversification des types de réparations. Les victimes des différentes violations des droits de l'homme peuvent bénéficier de différents types de réparations.

Greiff examine les types de réparations sous quatre groupes distincts dans toutes ses dimensions à savoir les mesures symboliques, l'ensemble des services, les indemnisations individuelles, le développement et l'investissement social. D'après lui, les mesures symboliques individuelles accordent à la victime un statut de détenteur de droit par le biais de lettres d'excuses personnalisées et signées par les gouvernements respectifs ou encore par l'envoi à chaque victime du rapport de la commission de vérité. Cela dit, il fait aussi référence à l'éventuel sentiment d'insuffisance auprès des victimes. Les réparations symboliques censées renommer les espaces publics, construire des musées et des monuments commémoratifs, désigner des jours de commémoration aident à renforcer la solidarité sociale et la mémoire collective⁴¹⁰. La présentation d'excuses officielles reflète non seulement une stratégie politique mais aussi des normes éthiques comme la solidarité sociale et la mémoire collective. Par exemple, Tony Blair présenta, en janvier 1998, des excuses officielles suite au conflit en Irlande du Nord qui avait entraîné de graves événements de violences et d'agitations politiques entre les années 1960 et 1990. Tandis que l'excuse est l'un des résultats de la révolution normative dans les droits de l'homme, il aussi peut être considéré comme une stratégie politique juste avant l'accord du Vendredi Saint en Février 1998 qui a mis fin à la violence politique des trente années entre le Royaume-Uni et l'Irlande du Nord⁴¹¹. Un mois plus tard, en février 1998, à la veille des accords du Vendredi Saint mettant fin à la violence politique entre le Royaume-Uni et l'Irlande du Nord, la formulation d'une excuse officielle pouvait être considérée comme une stratégie politique. Dans cette perspective, les réparations symboliques

⁴⁰⁹ Ibid., p.25

⁴¹⁰ Pablo De Greiff, "Justice and Reparations", ... p.468

⁴¹¹ Elazar Barkan, "Tarihsel Diyalog Olarak Özür", *Bir Daha Asla! Geçmişle Yüzleşme ve Özür*, ed. par. Asena Günel et Önder Özengi, İletişim Yay., 2013, İstanbul, p.280

étaient utiles dans le sens qu'elles contribuaient à obtenir des résultats effectifs par le biais de faibles coûts.

En effet, les mesures symboliques individuelles et collectives renforcent la reconnaissance du statut des victimes des violations des droits de l'homme en tant que détenteur de droit. La proclamation des réparations symboliques par les commissions de vérité comme au Chili a contribué à la réconciliation nationale et au rétablissement de la mémoire collective ainsi qu'à tisser des liens avec la vérité. L'ensemble des services qui porte sur les mesures de logement, de santé et d'éducation contribue à la réadaptation et à la réhabilitation des victimes tout en créant une atmosphère appropriée pour la réconciliation nationale par l'égalité des chances. Toutefois, ce type de réparation ne prend pas directement en considération les besoins particuliers des victimes, puisqu'en réalité ces services font déjà part des obligations de l'Etat envers leurs citoyens⁴¹². La qualité de ces services dépend aussi de la qualité des institutions, le cas échéant les réparations ne pourraient pas aller au-delà du seuil de la phase préparatoire.

L'indemnisation matérielle est la forme de réparation la plus populaire parce que les réparations judiciaires et administratives dépendent régulièrement des indemnisations monétaires. Les programmes de réparations ont souvent recours aux indemnisations monétaires pour des raisons pratiques. Premièrement, les indemnisations monétaires qui satisfont directement, à court terme, les besoins des victimes permettent aussi une amélioration de leur qualité de vie. Deuxièmement, l'administration des réparations individuelles est certes plus facile que celle des réparations matérielles collectives comme le service de santé. Enfin, les individus sont, bien entendu, reconnus en tant que victimes des violations des droits de l'homme. Pourtant les indemnisations monétaires ont autant d'avantages que de désavantages. Comme mentionné précédemment, si les indemnisations monétaires ne sont pas soutenues par les différents instruments de la justice transitionnelle, elles risquent d'être perçues comme un moyen par l'Etat d'obtenir le silence des victimes. De plus, la distribution des indemnisations nécessite une structure institutionnelle. Finalement, le montant de la monnaie devient toujours un objet de débats durant la distribution

⁴¹² Ibid., p.469

parce que les indemnisations sont perçues comme inadéquates et insatisfaisantes comparées à la brutalité des violations des droits de l'homme⁴¹³.

Les projets de développement peuvent être pris en main dans le cadre des programmes de réparation puisqu'ils visent à investir dans des régions antérieurement perturbées par des violations des droits de l'homme. En rendant accessible les projets de développement dans ces régions, l'Etat accorde la priorité aux victimes leur permettant ainsi de se sentir privilégiées. Toutefois, l'accès facilité à tous les citoyens, sans distinctions précises, leur permettant de bénéficier des avantages des projets de développement, pourrait entraîner chez les victimes la sensation d'un sentiment de dévalorisation. D'ailleurs, la prise en compte des projets de développement dans le cadre des réparations peut être expliquée par les débats qui se déroulent sur la justice transitionnelle. L'inclusion des droits socio-économiques au processus de la justice transitionnelle en tant que quatrième génération dans la généalogie du concept rend les programmes de réparations plus importants. Les réparations visent à remédier aux violations des droits de l'homme en même temps qu'à améliorer la situation socio-économique des victimes tout en essayant de créer une égalité des chances.

Le financement est le problème le plus important du processus d'application des programmes de réparations. Il existe deux méthodes principales pour financer les dits-programmes : la création d'un fond spécial et la mise en place d'une ligne spéciale dans le budget national. En général, la mise en place d'une ligne dans le budget signifie aussi un engagement politique. Il est certain que le développement socio-économique y joue un rôle important puisqu'il existe une corrélation directe entre le développement socio-économique et les réparations à cette étape. Pourtant, l'engagement politique est tout aussi important que les conditions socio-économiques. Les réparations ne peuvent pas être mises en vigueur sans la volonté politique des Etats à les appliquer. D'ailleurs les autres méthodes de financement sont utilisées par les Etats. A ce sujet, les taxes spéciales pour les personnes qui ont pu bénéficier des violations ont d'ailleurs été prévues par la Commission de vérité sud-africaine. Le Pérou et la Colombie ont récupéré les biens détenus illégalement afin de s'en servir pour les réparations. Enfin, les gouvernements peuvent avoir recours aux créanciers internationaux pour l'accord des réparations⁴¹⁴. Le financement est plus important que la prise de décisions des

⁴¹³ Ibid.

⁴¹⁴ La Publication HR/PUB/08/1, op.cit., p.38

réparations. Dans ce cadre, l'application est l'étape des réparations qui garantit leur succès, même relatif.

La difficulté rencontrée dans la désignation des programmes de réparations peut influencer les effets de ce type d'instruments. Les problèmes, rencontrés à l'étape de la sélection des crimes, défient les applications en raison des conditions socio-économiques et de l'absence de la volonté politique de la part des gouvernements. Malgré ces problèmes structurels et politiques, les programmes de réparations ont des effets restaurateurs. En somme, la reconnaissance de la peine et de la souffrance, dans le cadre des réparations, accorde aux victimes et à leurs familles un statut de détenteur de droit durant le processus de justice transitionnelle.⁴¹⁵ De plus, les programmes en question offrent, par le biais des réparations symboliques et matérielles, une reconnaissance individuelle et collective. Greiff ajoute à ces effets créés par les programmes de réparations, la confiance civique et la solidarité. La confiance civique entre les citoyens et les gouvernements est assurée par la désignation des programmes. Autrement dit, la crédibilité des gouvernements peut croître, au cours du processus de transition politique, par la reconnaissance des victimes en tant que citoyens égaux. La reconnaissance du statut des victimes, tout en rendant surmontable les différences ethniques et culturelles, reconnaît aux victimes des violations des droits de l'homme le droit de recourir à la justice. Leur droit à la justice concerne non seulement leur droit aux réparations mais aussi leur droit à dévoiler la vérité et à obtenir la garantie de ne pas revivre les mêmes atrocités.

Composée de l'ensemble des mécanismes de justice transitionnelle, l'approche holistique est certes importante pour le succès relatif du processus. La concentration sur un seul instrument remet en question les autres dimensions du processus de justice transitionnelle. Comme évoqué auparavant, seule l'utilisation des réparations engendre des débats concernant les conditions de recours en justice pour des violations similaires. Notons aussi que la désignation des programmes par les Commissions de vérité met en évidence l'étroite corrélation qui existe entre le droit à la vérité et le droit aux réparations. La cohérence externe, dont dépend la qualité des programmes, joue un rôle important pour la réalisation de la transition politique.

⁴¹⁵ Maria José Guembe, "Economic Reparations for Grave Human Rights Violations: The Argentinean Experience", *Handbook of Reparations*, ... p.47

Alors que les instruments de justice transitionnelle sont en général rétroactifs, leurs objectifs tels que la garantie de la non-réurrence des violations des droits de l'homme, la solidarité sociale, la réconciliation nationale, le développement socio-économique sont, au contraire, prospectifs. Ces objectifs prospectifs peuvent être réalisés par les réformes institutionnelles visant à fixer des problèmes structurels. Ces derniers figurent parmi les causes premières de la violation des droits de l'homme.

Les réformes institutionnelles

La garantie que la violation des droits de l'homme ne se reproduira pas, élément le plus prospectif de la justice transitionnelle, est assurée par des instruments désignés à ce titre. Dans cette perspective, la justice transitionnelle, en général, a recours aux réformes institutionnelles dont l'objectif est l'établissement de l'intégrité, de la responsabilité et de la légitimité des institutions. En raison des pratiques abusives, la crédibilité des institutions, utilisées par le régime précédent comme un moyen pour la violation des droits de l'homme, est remise en question. Au-delà de l'intégrité, de la responsabilité et de la légitimité des institutions, les réformes sont primordiales pour le rétablissement de la confiance civile entre les citoyens et les institutions de l'Etat⁴¹⁶.

Dans le cadre de la garantie de non-répétition, la prévention d'éventuelles futures violations des droits de l'homme est l'un des objectifs principaux de la justice transitionnelle. Les buts prospectifs comme la prévention des futures violations ou la garantie de non-répétition peuvent être assurées par les réformes institutionnelles. De plus, les réformes institutionnelles, malgré leur caractère prospectif, peuvent jouer un rôle important dans le recours aux autres instruments de la justice transitionnelle. Par exemple, l'abus de pouvoir au sein de l'institution peut empêcher la révélation de la vérité ou la mise en œuvre de sa responsabilité pénale.

Les modalités des réformes institutionnelles se manifestent sous diverses formes variées telles que les mesures d'assainissement, les réformes structurelles, la supervision, la transformation des cadres juridiques, le désarmement, la démobilisation, la réintégration (DDR) et l'éducation. L'application de chaque

⁴¹⁶ Laura Davis, "Transitional Justice and Security System Reform", Initiative for Peacebuilding, June 2009, p.7, [http://issat.dcaf.ch/index.php/fre/content/download/2299/19996/file/Transitional%20Justice%20and%20SSR%20Davis%20\(2009\).pdf](http://issat.dcaf.ch/index.php/fre/content/download/2299/19996/file/Transitional%20Justice%20and%20SSR%20Davis%20(2009).pdf), consulté le 02.01.2017

modalité ne semble pas être réaliste, sachant que les conditions politiques d'un pays au lendemain d'un conflit ou après l'abdication d'un régime autoritaire requièrent différentes formules concernant le processus de réforme. C'est pourquoi, il n'existerait pas une seule et même définition des tentatives de réformes. Ces dernières doivent être prises en main dans le cadre de la nécessité de transformer les institutions du régime précédant et de leurs contributions au processus de justice transitionnelle.

Les réformes institutionnelles des Etats en transition, sortant d'un conflit ou d'un régime autoritaire devraient commencer avec la transformation des institutions responsables des violations des droits de l'homme. En effet, les institutions devraient être transformées en moyens efficaces et équitables afin de protéger les droits de l'homme, de sauvegarder les intérêts des citoyens de façon impartiale et de rétablir la confiance entre l'Etat et leurs citoyens. D'une part, la nécessité de la transformation des institutions est justifiée par les buts prospectifs du processus de justice transitionnelle, d'autre part les contributions des réformes sont précisées dans le cadre conséquences rétroactives et prospectives de la justice transitionnelle. Autrement dit, les réformes institutionnelles contribueraient à la prévention d'éventuelles futures violations par le biais de la création d'institutions efficaces et équitables. Parallèlement, les institutions réformées peuvent aussi assurer le respect de la responsabilité pénale des violations des droits de l'homme. Ainsi, les secteurs de la sécurité et de la justice réformées peuvent établir la responsabilité pénale des violations commises durant un conflit ou sous un régime autoritaire⁴¹⁷.

Même si les réformes institutionnelles commencent d'abord par une réforme du personnel, celle-ci devrait pourtant être accompagnée d'autres réformes structurelles afin d'obtenir des résultats durables sur le long terme. Au-delà de la réforme du personnel, les réformes qui visent à améliorer les causes structurelles des violations des droits de l'homme devraient se concentrer sur les secteurs de la justice, de la sécurité ou de la réintégration sociale des responsables des violations des droits de l'homme. Tandis que la réforme du personnel forme l'aspect le plus connu des réformes institutionnelles, la délimitation d'un cadre plus général pour une

⁴¹⁷ Publication HR/PUB/06/5 du Haut-Commissariat de l'ONU aux Droits de l'Homme sur les instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit Assainissement : cadre opérationnel, <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/RuleoflawVettingfr.pdf>, consulté le 02.01.2017

transformation efficace et légitime du pays en proie à un conflit ou à un régime autoritaire semble nécessaire.

Dans le cadre de la réforme du personnel, le mécanisme le plus répandu et utilisé pour le processus de justice transitionnelle est celle de la procédure d'assainissement. Pourtant il existe une confusion conceptuelle concernant la réforme du personnel. Les concepts d'assainissement, de lustration et d'épuration sont employés comme synonymes. Chacun d'eux se base sur le droit administratif.

La procédure d'assainissement vise à évaluer l'impartialité des personnes afin de déterminer leur aptitude à travailler dans la fonction publique. Autrement dit, l'identification et la révocation des personnes responsables de violations flagrantes des droits de l'homme se réalisent dans le cadre de l'assainissement⁴¹⁸. A titre indicatif, rappelons que les missions de l'ONU ont participé aux opérations d'assainissement en Bosnie-Herzégovine, au Kosovo et au Timor-Est. D'ailleurs les lois de lustration sont principalement utilisées en Europe centrale et orientale. Dans les pays de l'ancien bloc communiste, la lustration est présentée à une échelle régionale comme une forme d'assainissement composée de lois restreignant les membres et les collaborateurs des régimes répressifs d'occuper des positions publiques comme dans les médias ou encore les milieux universitaires⁴¹⁹. Après la chute du bloc communiste en Europe centrale et orientale, les autorités ont eu recours aux lois de lustration afin de mettre à l'écart les anciens fonctionnaires communistes et les agents de la police secrète⁴²⁰.

Contrairement à l'assainissement et aux lois de lustration, les purges, quant à elles, révoquent les personnes selon leur appartenance à un groupe ou à un parti politique sans l'établissement de leur responsabilité pénale. Les révocations collectives ne prennent pas en considération les normes fondamentales de la régularité et de la procédure. A long terme, elles mettent en péril le processus de réformes institutionnelles en excluant une partie de la société. De plus, les personnes éloignées

⁴¹⁸ Rapport S/2004/616 du Secrétariat Général de l'ONU sur Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, par.52, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/30/PDF/N0439530.pdf?OpenElement>, consulté le 15.01.2017

⁴¹⁹ Cynthia M. Horne, "Transitional Justice: Vetting and Lustration", *Research Handbook on Transitional Justice*, ed. par Cherly Lawther et Luke Moffett, Edward Elgar Publishing, June 2017, p.10

⁴²⁰ Lavinia Stan(ed.), *Transitional Justice in Eastern Europe and Former Soviet Union: Reckoning with the communist past*, Routledge, 2009, p.11

risquent d'endommager le déroulement du processus de transition. Quant à la différence entre l'assainissement et la lustration, il est observable que l'étendue, la duration et le contenu des lois de lustration sont différents comparés aux programmes d'assainissement. Les lois de lustration ont été lancées comme la purification morale des institutions étatiques de leurs erreurs et ce particulièrement durant la période communiste. Les anciens Etats communistes ont légitimé leurs réformes institutionnelles en se référant aux sensibilités morales. Alors que les programmes d'assainissement ciblent en général les organes étatiques tels que le secteur de la sécurité, les forces militaires, la police et les institutions judiciaires, la lustration va au-delà de l'Etat en excluant certains postes dans les médias, le secteur bancaire, les universités voire même les églises.⁴²¹ En Pologne, la loi de lustration, mise en exergue en 2006, a exclu 56 groupes de personnes travaillant dans divers secteurs influents tels que les académiques, les avocats et les journalistes⁴²². Enfin, rappelons que la duration des lois de lustration est indéterminée comparée aux programmes d'assainissement. Remarquons, à juste titre, que les programmes de lustration qui ont commencé en République Tchèque, en 1991, étaient encore en vigueur jusqu'à l'année dernière ou bien ceux en Hongrie, considérés de très courte durée, ont quand même duré de 1994 à 2005. Les lois de lustration prévues pour les pays de l'ancien bloc communiste portent des caractéristiques propres selon les réalités politiques de chacun. Alors que le champ d'application de la lustration ne comprend en particulier que l'ancien bloc communiste, l'assainissement, au contraire, a une portée plus générale. Si toutes les couches de la société participent aux violations des droits de l'homme, l'identification, par les programmes d'assainissement et de lustration, des fonctionnaires collaborateurs dans les différents secteurs de la société serait difficile.

Il serait pertinent de remarquer que les efforts du droit administratif sont critiqués d'une façon juridique et instrumentale. Toutefois, si les programmes sont construits selon des critères objectifs et les réalités politiques du pays, ils contribueraient directement à la réconciliation nationale et au traitement du passé⁴²³. L'assainissement, qui est certes la forme la plus utilisée pour la réforme du personnel,

⁴²¹ Cynthia M. Horne, op. cit., p.14

⁴²² ACT of 18 October 2006 on the disclosure of information on documents of state security in the years 1944-1990; <https://ipn.gov.pl/en/about-the-ipn/documents/328,Act-on-the-Disclosure-of-Information.html>, consulté le 15.01.2017

⁴²³ Chandra Lekha Sriram at Johanna Herman, "DDR and Transitional Justice: Bridging the Gap", *Conflict, Security & Development*, 9:4, p.460

évalue ce dernier selon sa capacité et son impartialité. L'évaluation de l'intégrité des fonctionnaires semble difficile sachant que la police et la magistrature ne répertorient pas les violations des droits de l'homme durant un conflit ou sous un régime autoritaire. C'est justement durant ces périodes répressives que les châtiments sont d'actualité. De plus, l'intégrité des dossiers confidentiels concernant le personnel est controversée à cause de la structure des services secrets au sein des régimes répressifs. C'est pourquoi, les programmes d'assainissement devraient protéger, de façon impartiale les droits des victimes et des collaborateurs fonctionnaires de l'Etat. Pourtant, il faudrait élaborer un plan d'action systématique comprenant la sélection, dès le début, des institutions et des fonctionnaires à examiner, la détermination des critères objectifs pour la vérification, l'identification des sanctions pour le personnel mis à l'écart, la mise en place d'une structure et des procédures précises, le choix de la durée, du contenu et finalement l'établissement de la corrélation des programmes avec les autres instruments de la justice transitionnelle⁴²⁴.

En règle générale, les programmes d'assainissement accordent la priorité aux institutions publiques comme l'armée, la magistrature, les organes de renseignement, la police, chacun responsable de la survie, de la sécurité et de la stabilité de l'Etat. L'intégrité et la capacité de ces institutions dépendent, en général, de la réforme du personnel et, en particulier, des programmes d'assainissement qui ont pour objectif de mener une transition efficace à l'Etat de droit et une réconciliation nationale avec les fonctionnaires fiables.

Dans le cadre des programmes d'assainissement, la réforme du personnel commence par une évaluation de la situation en rapport avec les besoins et les capacités de la population et est suivie par une mise en examen détaillée du personnel de l'institution et des éventuels remplaçants. Pourtant, la volonté politique de réforme, le facteur le plus important du processus de justice transitionnelle, la sélection et enfin la réussite des réformes institutionnelles dépendent des modalités de transition. Avec la préservation des privilèges au sein des institutions de l'Etat par les élites politiques du régime précédent, la révocation des fonctionnaires responsables des violations des droits de l'homme semble difficile.

⁴²⁴ La Publication HR/PUB/06/5, op. cit., p.13

Pour évoquer les difficultés rencontrées durant le processus de transformation, Nedelsky cite la résistance faite aux réformes institutionnelles en se fondant sur les modalités de transition et les niveaux de légitimité des nouveaux régimes dans les exemples de la République Tchèque et de la Slovaquie. Selon Nedelsky, la transition politique en Tchécoslovaquie consistait à remplacer le faible régime communiste et comparée à la Pologne et à la Hongrie, la volonté politique pour une justice transitionnelle y était trop sévère⁴²⁵. Les méthodes divergeaient aussi entre la République Tchèque et la Slovaquie. En effet, la République Tchèque est le pays qui a appliqué les programmes de lustration pour la plus longue durée depuis 1995, alors que la Slovaquie a préféré ne pas les utiliser. Cette différence peut être expliquée par les niveaux de légitimité des nouveaux régimes et des besoins des populations. Comme la Slovaquie a combattu pendant très longtemps en faveur de la proclamation d'une fédération, la division de la Tchécoslovaquie en deux pays séparés a certes eu un effet positif sur la morale nationale slovaque⁴²⁶. Comparée à la République Tchèque, l'utilisation en Slovaquie des instruments de justice transitionnelle comme les programmes d'assainissement a présenté moins d'intérêts et ce en raison de la légitimité du régime communiste⁴²⁷.

L'Allemagne de l'Est a été l'un des premiers Etats à avoir recours aux lois de lustration pendant le processus de justice transitionnelle suite à la réunification, en 1990, des deux Etats allemands. Les efforts de la justice transitionnelle en Allemagne de l'est concernaient en général les anciens fonctionnaires de la République Démocratique allemande (RDA) et les personnes qui travaillaient pour le ministère de la Sécurité d'Etat (*Stasi*)⁴²⁸. Par ailleurs les efforts pour la lustration tels que l'exclusion des hauts fonctionnaires du Parti Socialiste Unifié d'Allemagne, les démissions du parti, la dissolution des organes centraux du parti ont commencé au niveau national bien avant la réunification. Grâce à la réunification, le cadre juridique de la lustration a été créé, en 1990, par le Traité d'Unification entre la RDA et la République Fédérale d'Allemagne.

⁴²⁵ Nadya Nedelsky, "Divergent Responses to a Common past: Transitional Justice in the Czech Republic and Slovakia", *Theory and Society*, Vol.33, No.1(Feb, 2004), p.72

⁴²⁶ Ibid., p.84

⁴²⁷ Ibid., p.81

⁴²⁸ Katty A. Crossley Florick, "Sifting Through the Past: Lustration in Reunified Germany" dans *Lustration and Consolidation of Democracy and the Rule of Law in Central and Eastern Europe*", ed. par Erna Matanović, Anđelko Milardović, Davor Pauković et Davorka Vidović, Political Science Research Centre Zagreb, 2007,p.198

Les dispositions du Traité prévoyaient la révocation pour le peuple d'une Allemagne réunifiée qui avait violé les droits de l'homme et l'Etat de droit et qui avait œuvré pour Stasi, processus qui est d'ailleurs aussi dénommé « déstasification »⁴²⁹. Un organe spécial pour le renseignement a été créé sous le nom du Chargé des dossiers de la sécurité d'Etat. Cependant, la révélation d'une relation officielle avec le Ministère de la Sécurité d'Etat est-allemand ne produisit pas un licenciement direct. Un processus d'interrogation personnelle conduit par la fonction publique et leur employeur⁴³⁰ était aussi en vigueur. Pourtant la structure du Chargé des dossiers de la sécurité d'Etats se basant sur cinq départements locaux ; à savoir Brandebourg, Saxe, Thuringe, Mecklenburg-West Poméranie, et Saxe-Anhalt a provoqué des différences en pratique de licenciement. Ces différences pourraient être expliquées par les applications diverses dans les départements locaux autant que les incertitudes concernant les raisons pour le licenciement dans le Traite d'Unification. Autrement dit, la position défiant de la République fédérale allemande envers la mise en place des raisons spécifiques pour le licenciement a provoqué les applications variées de la lustration⁴³¹.

Tous les pays en cours de transition n'ont pas choisi d'appliquer les programmes d'assainissement ou de lustration. Par exemple, la Commission de vérité et de réconciliation sud-africaine n'a pas inclus, dans son rapport, les recommandations de lustration. Pour expliquer cette omission, Klaaren fait référence à la relation du principe de lustration avec le système juridique, au caractère national de la transition sud-africaine et enfin à la modalité de transition qui trouvent leurs sources dans toutes les couches de la société y compris dans les mouvements de libération comme l'ANC⁴³². La justice transitionnelle sud-africaine était un processus totalement interne, dirigée de façon égalitaire et impartiale avec la participation de toute la société. En général, les programmes de lustration et d'assainissement sont

⁴²⁹ Jiri Malenovsky, « Les lois de lustration en europe centrale et orientale: une mission impossible », *13 Rev. quebecoise de droit int'l* 187, 2000, p.193

⁴³⁰ Sanya Romeike, "La justice transitionnelle en Allemagne après 1945 et après 1990 », *Etude spécifique*, No :1, L'Académie Internationales des Principes de Nuremberg, p.54

⁴³¹ Ibid., p.55-56

⁴³² Jonathan Klaaren, "Institutional Transformation and the Choice Against Vetting in South Africa's Transition", dans *Justice as Prevention Vetting Public Employees in Transitional Societies*, ed. Par Alexander Mayer Riechke et Pablo De Greiff, Social Science Research Council, April 2008, New York, p.168

préférés, par les pays d'Europe centrale et orientale, en tant qu'instrument de justice transitionnelle.

L'avantage des programmes de lustration et d'assainissement est qu'elles se fondent, en général, sur l'établissement de la réintégration sociale de la société par la révocation des fonctionnaires responsables des violations des droits de l'homme. De plus ils contribuent directement à l'intégrité des institutions publiques dans les domaines primordiales tels que la sécurité, la justice, l'éducation. C'est grâce au caractère prospectif de ce type d'instrument de justice transitionnelle prévoyant la réforme du personnel que les futures violations des droits de l'homme pourraient être évitées. Pourtant, la réforme du personnel aurait ses propres problèmes normatifs et opérationnels.

Les problèmes normatifs sont directement liés aux violations de l'Etat de droit parce que la véracité de l'information dans les dossiers des organes de renseignement, les violations de la légalité et la discrimination en matière d'emploi sont parmi les préoccupations les plus importantes des opposants des programmes d'assainissement⁴³³. En d'autres termes, Boed mentionne les problèmes concernant les violations des droits de l'homme dans le cadre du droit à la justice. Selon lui, les programmes d'assainissement ou de lustration ne peuvent pas répondre aux exigences du droit à la protection par la loi et ce indépendamment de toute discrimination, des règles procédurales en matière du droit de la défense, du droit de travail et du droit d'accès à un tribunal. De plus, en raison de leur appartenance à un groupe ou à un parti politique, les révocations collectives du personnel de l'Etat peuvent empêcher la détermination de la responsabilité pénale individuelle⁴³⁴.

Quant aux problèmes opérationnels concernant la réforme du personnel, la révocation du personnel peut, à son tour, engendrer un manque de personnel qualifié. Ensuite, le personnel des secteurs de sécurité comme la police ou l'armée est examiné dans le cadre des applications de révocation. Si la révocation comprend la plupart du personnel de ces secteurs, l'existence d'agents de sécurité armés, surqualifiés et au chômage, peut mettre en péril la façon de procéder du processus de justice

⁴³³ Cynthia M. Horne, "International Legal Rulings on Lustration Policies in Central and Eastern Europe: Rule of Law in Historical Context", *Law and Social Inquiry*, (2009), 34(3), p.713

⁴³⁴ Roman Boed, "An Evaluation of the Legality and Efficacy of Lustration as a Tool of Transitional Justice", *Columbia Journal of Transnational Law*, 357, 1998-1999, p.360

transitionnelle. Enfin, les programmes d'assainissement et de lustration peuvent être instrumentalisés en tant que purge. Les pays sortant d'un conflit ou d'un régime autoritaire peuvent abuser des programmes à des fins politiques, politisant ainsi la justice par l'utilisation de ces dits-instruments comme mécanismes de représailles⁴³⁵. En raison de ces problèmes normatifs et opérationnels, la réforme du personnel devrait s'appuyer sur des réformes structurelles dans le secteur de la justice et de la sécurité et plus particulièrement sur le processus de désarmement, de démobilisation et de réintégration (DDR), dirigé simultanément avec la réforme du personnel pour regagner les personnes exclues.

Les réformes structurelles dans le secteur de la justice visent à reformer le personnel, les institutions et les procédures juridiques. La réforme devrait établir l'indépendance, la responsabilité pénale et la supervision du personnel. De plus, il faudrait porter une attention particulière sur les questions de genre dans le cadre de la transformation du personnel et du droit d'accès à la justice. L'accès à la justice est un grand problème, particulièrement dans les pays africains où, au lendemain des conflits, règnent encore une distanciation par rapport aux organes juridiques, une insuffisance des efforts de sensibilisation et un faible taux d'alphabétisation. La formation des institutions juridiques appropriées en termes de supervision des organes juridiques tels que les commissions des droits de l'homme, l'*ombudsman*, les commissions pour prévenir la corruption peuvent créer une atmosphère favorable à la prévention des futures violations des droits de l'homme et à l'Etat de droit⁴³⁶.

La prévention des futures violations des droits de l'homme et l'établissement de l'Etat de droit constituent les objectifs prospectifs de la justice transitionnelle. Par conséquent, il y aurait une relation interdépendante entre la justice transitionnelle et la réforme judiciaire. En premier lieu la réforme judiciaire fait partie intégrante des réformes institutionnelles qui sont considérées comme des instruments prospectifs de la justice transitionnelle. De plus, il serait pertinent de noter que la réforme judiciaire peut faciliter le processus de justice transitionnelle en raison du rôle important joué par la stabilité du secteur de justice dans la juridiction des violations des droits de l'homme dans les systèmes internes. Elle est cruciale pour le développement du

⁴³⁵ Cynthia M. Horne, "International Legal Rulings ...", p.7-9

⁴³⁶ Muna B. Ndulo et Roger Duthie, "The Role of Judicial Reform in Development and Transitional Justice", *International Center for Transitional Justice Research Brief*, July 2009, p.2

système judiciaire intérieur. Enfin la justice transitionnelle prépare la voie aux réformes judiciaires. Les tribunaux hybrides peuvent, par exemple, renforcer le système judiciaire interne par leur respect de l'Etat de droit et leur contribution à l'éducation du personnel. Quant aux commissions de vérité, elles peuvent susciter la nécessité d'une réforme judiciaire en soulignant le rôle de la justice dans les violations des droits de l'homme⁴³⁷. Pourtant la réforme judiciaire devrait être appuyée par la réforme du secteur de sécurité en complétant la transformation structurelle d'un pays sortant d'un conflit et d'un régime autoritaire pour une réconciliation sociale durable.

McFate explique le but de la réforme du secteur de sécurité (*SSR-Security System Reform*) comme la consolidation du monopole de la force par l'Etat. C'est pourquoi, les réformes qui ont lieu dans ce secteur essayent de transformer les agents des organes de sécurité en personnes professionnelles, efficaces, légitimes, dépolitisées et responsables. Au-delà de la réforme du personnel de sécurité, la création de nouvelles institutions, la formulation d'une stratégie actuelle de sécurité et la formation de la structure des forces ne sont que quelques-unes des transformations importantes pour la disposition du secteur. Par ailleurs, le secteur de sécurité comprend plusieurs dimensions. Tout d'abord, la transformation des agents opérationnels comme la police ou les forces de l'armée devrait être une priorité pour le rétablissement de la confiance sociale entre les citoyens et le personnel de sécurité. Deuxièmement, la structure des institutions telles que le ministère de la défense, le ministère de l'intérieur et le ministère de la justice et qui déterminent la politique de sécurité devrait être renouvelée. Enfin, les réformes devraient inclure les organismes de supervision comme le parlement ou les organes exécutifs⁴³⁸. Toutes les dimensions du secteur de la sécurité, chacune d'entre elles devant être pris en compte une par une, forment dans l'ensemble une structure hiérarchique.

La transformation de toute la structure hiérarchique de la sécurité contribue totalement au processus de la justice transitionnelle. L'établissement des mécanismes de bonne gouvernance, de supervision et de responsabilité dans le secteur de sécurité renforce, à long terme, la crédibilité des institutions et influence indirectement la réussite du processus de justice transitionnelle⁴³⁹. Toutefois, il existe de multiples

⁴³⁷ Ibid., p.3

⁴³⁸ Sean McFate, "The Link Between DDR and SSR in Conflict-Affected Countries", Special Report of United States Institute of Peace, 238, May 2010, Washington DC, p.4

⁴³⁹ Laura Davis, op. cit., p.11

problèmes quant à l'application des réformes de sécurité. Avant tout, l'acceptation des réformes au niveau local joue un rôle indispensable dans l'étape de mise en vigueur. A juste titre, notons que la légitimité des élites politiques qui effectuent les réformes est très importante pour obtenir un consentement. Ensuite, comme il a déjà été mentionné, la structure hiérarchique du secteur de sécurité rend obligatoire l'élaboration d'un large programme de réforme de sécurité. Ce dernier devrait inclure à la fois les objectifs et les priorités contradictoires des différentes institutions de sécurité. La pleine satisfaction des demandes des peuples dans des pays où l'infrastructure est détruite rend l'application encore plus difficile pour des raisons opérationnelles. Enfin sachant que le concept de sécurité comprend différentes dimensions telles que la sécurité étatique, la sécurité régionale ou la sécurité humaine, l'intégration de ces dimensions peut, par conséquent, engendrer des questions controversées. Malgré tous ces problèmes, la réforme du secteur de sécurité devrait faire partie intégrante de la justice transitionnelle dans le cadre de la consolidation de la réconciliation nationale. Pourtant, la réconciliation nationale nécessiterait un aspect humain allant au-delà de la révocation du personnel responsable des violations des droits de l'homme. Cet aspect consiste en la réintégration à la société des anciens combattants dans le cadre des programmes de désarmement et de démobilisation. Pour résumer, les réformes de sécurité et les programmes de (DDR) devraient être intégrées de façon cohérente.

Les programmes de DDR, comme l'indique leur nom, sont composés de trois étapes interdépendantes. La première étape porte sur le désarmement des anciens combattants qui déposent les armes légères et les munitions. Elles seront détruites par la suite par l'Etat. Ensuite, les anciens combattants ainsi démobilisés et sortant de la chaîne de commandement deviennent des citoyens réglementaires. En dernier lieu, les programmes essaient de réintégrer les anciens combattants à la société civile. Parfois une quatrième étape, celle de la réhabilitation y est ajoutée par la communauté internationale. Il faut établir une relation étroite entre le DDR et le SSR parce que la troisième étape du DDR, soit la réintégration, ne peut être assurée que par l'intégration des anciens combattants dans le secteur de sécurité.⁴⁴⁰ Duthie définit la réintégration sociale comme l'établissement de la confiance entre les anciens combattants et la

⁴⁴⁰ Sean McFate, op. cit., p.7

société⁴⁴¹. Alors que d'une part, Sriram et Herman font référence aux différents types de réintégration, à savoir la réintégration sociale, politique et économique, d'autre part, McFate divise la réintégration en deux phases avec la réinsertion sociale et la réintégration à long terme⁴⁴². La réinsertion sociale ne comporte, à court terme, que les conditions de support et la possibilité accordée aux anciens combattants de retourner à leur domicile, tandis que la réintégration, à long terme, se réalise selon les trois types définis par Sriram et Herman. En effet, la réintégration économique est assurée par la création de nouveaux postes d'emplois. Le caractère multidimensionnel montre la difficulté d'assurer une réintégration totale. Alors que l'aspect économique et social nécessite la participation des institutions étatiques, la réintégration sociale dépend plus des acteurs de la société civile. Pourtant la responsabilité de l'Etat et l'approbation nationale devraient être constantes pour assurer le succès des programmes de DDR.

La mise en œuvre des programmes de DDR est difficile autant que celle du processus de SSR. Tout d'abord, l'exécution d'un programme de DDR nécessite la mise en place d'un accord. Il est primordial que toutes les parties se sentent en sécurité afin de pouvoir déposer les armes. Enfin, ce processus doit être dirigé simultanément pour tous les groupes combattants. L'étape la plus compliquée du DDR est certes la réintégration car le désarmement et la démobilisation sont dirigés systématiquement par les forces de sécurité, contrairement à la réintégration sociale qui n'est pas appliquée par une institution spécifique. Les programmes sont perçus par la société comme des indemnités exagérées et cet aspect controversé rend difficile l'approbation du DDR au niveau local. La formation des programmes est aussi un autre défi à relever. Un financement adéquat devrait être assuré dès le début pour la stabilité des programmes et pour la primauté des groupes spécifiques tels que les enfants soldats, les femmes et les personnes handicapées⁴⁴³.

L'amnistie et le critère de conditionnalité sont deux des instruments les plus importants pour parvenir à un compromis durant le processus de DDR. Duthie souligne l'importance de l'amnistie pour un programme de DDR en le désignant comme un

⁴⁴¹ Roger Duthie, "Transitional Justice and Social Reintegration", Paper prepared for *Stockholm Initiative on Disarmament Demobilisation Reintegration(SIDDR)*, Working Group 3: Reintegration and Peace Building meeting, April 4-5 2005, p.1

⁴⁴² Chandra Sriram et Johanna Herman, op. cit., p.458

⁴⁴³ Ibid., p.8-9

critère *sine qua non* de sa réussite⁴⁴⁴. Par exemple, la force de maintien de la paix de l'ONU au Kosovo, le KFOR, a accordé une amnistie aux membres de l'Armée de Libération du Kosovo pour la réintégration de leurs anciens combattants. Selon Duthie la conditionnalité est un mécanisme qui devrait être utilisée dans le cadre de la réintégration. L'utilisation optimale des programmes de DDR dépend de la responsabilité des anciens combattants. Si les anciens combattants sont tenus responsables des violations des droits de l'homme, ils ne peuvent pas bénéficier des avantages attribués par les programmes. Ils ne pourront tirer parti des privilèges accordés par les programmes qu'en cas de coopération avec la justice transitionnelle⁴⁴⁵.

Quant à la structure générale du programme de DDR, l'intégration du DDR et du SSR est importante pour aider la transition d'un pays suite à un conflit comme ce fut le cas au Kosovo. La Mission d'administration intérimaire des Nations unies au Kosovo (MINUK) a entrepris un programme de DDR, en juin 1999, avec un processus de réforme de sécurité. Les anciens-combattants du KLA ont été réintégrés au Service de Police au Kosovo par le mandat du MINUK. Cette politique de MINUK a contribué à la réintégration économique et sociale des anciens combattants kosovars grâce à la cohésion du SSR et du DDR. En raison de leurs différences en termes de priorités, d'objectifs et de périodes de temps, la cohésion du SSR et du DDR n'est certes pas une tâche facile. Les programmes du DDR ont des objectifs réalisables à court terme. Au contraire, ceux du SSR reposent sur une stratégie à long terme parce que les réformes dans le secteur de sécurité portent sur le personnel et la création de nouveaux postes de supervision. Par conséquent l'intégration du DDR au SSR pour le rétablissement de la réintégration multidimensionnelle met en lumière la relation interdépendante entre les réformes institutionnelles.

En général, les réformes structurelles institutionnelles ne sont pas liées directement à la justice transitionnelle. Chacune est évaluée dans le cadre des efforts de consolidation de la paix. Dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, l'ONU précise dans son rapport sur le Rétablissement de l'Etat de droit et l'administration de la justice que la justice transitionnelle fait partie intégrante de la

⁴⁴⁴ Roger Duthie, op. cit., p.6

⁴⁴⁵ Ibid., p.22

consolidation de la paix⁴⁴⁶. Parallèlement, la réforme des secteurs de justice et de sécurité fait partie des efforts fournis pour la consolidation de la paix. Les réformes orientées vers le renforcement des capacités et les buts prospectifs, afin d'éviter la répétition des violations des droits de l'homme, contribuent directement à la stabilité et à l'intégrité des pays en voie de transition.

La justice restauratrice, désignée pour compléter les lacunes de la justice rétributive, fait, en même temps, des contributions rétrospectives et prospectives. D'une part, la révélation de la vérité par les commissions de vérité permet le traitement du passé grâce à la connexion mutuelle entre les contreparties au cours du processus de transition politique. D'autre part, dans le cadre de la justice restauratrice, les réparations et les réformes institutionnelles essaient de répondre aux besoins individuels et collectifs de la société. Globalement, alors que les réparations se consacrent aux nécessités matérielles et symboliques des victimes, les réformes institutionnelles, quant à elles, tentent de transformer la structure de l'Etat au lendemain d'un conflit ou d'un régime autoritaire par la création d'une cohésion politique, économique et sociale dans toutes les couches de la société y compris les victimes et les coupables, comme les anciens combattants, présumés responsables des violations des droits de l'homme

Tel que mentionné auparavant, la nécessité d'une approche holistique est soulignée par les défenseurs de la justice restauratrice. Par ailleurs, l'utilisation, par les commissions, des instruments de la justice restauratrice, l'un à la suite de l'autre, à commencer par l'établissement de la vérité est un procédé très discuté dans le cadre des débats sur la justice transitionnelle. La détermination des conditions de la distribution des réparations ne peut se faire avec aisance qu'une fois la vérité révélée. Enfin, la structure d'un pays en transition est transformée grâce aux réformes institutionnelles à long terme. Comparée à la justice rétributive, les défenseurs de la justice restauratrice se concentrent sur son aspect prospectif finalisé, à long terme, par les réformes. Le point faible de la justice rétributive, à savoir l'absence de localité, est comblé par les instruments de la justice restauratrice grâce aux procédés locaux. Chaque instrument est choisi selon les exigences locales, à savoir une amnistie

⁴⁴⁶ Voir le Rapport S/2004/616 du Secrétaire Générale du Conseil de Sécurité

menacée, des conditions spécifiques pour l'accord d'une immunité ou la formation de nouveaux instruments conformément aux modalités de transition politique.

Comparée à la justice rétributive, malgré tous ses avantages, il ne peut être question de la supériorité de la justice restauratrice, faute de l'insuffisance des recherches sur l'impact des instruments de la justice transitionnelle. La plupart des recherches académiques et techniques portant sur la justice transitionnelle s'attardent sur le processus de la sélection des instruments, leur impact n'étant qu'un récent domaine de recherche. D'ailleurs, l'estimation de l'effet des différents instruments de la justice transitionnelle est bien difficile. Pour reprendre Clark, la justice transitionnelle, orientée vers les éléments de preuve, serait aussi fondamental pour trois raisons. Premièrement, les éléments de preuve ouvrent la voie aux attentes réalistes de l'impact des instruments de la justice transitionnelle. Deuxièmement, les recherches empiriques aident à déterminer les instruments inefficaces. Par exemple, il n'y pas de recherches empiriques efficaces concernant l'impact de la Commission de Vérité et de Réconciliation sud-africaine sur la réconciliation nationale. Enfin, il n'y pas qu'une approche unique applicable à toutes les sociétés sortant d'un conflit ou d'un régime autoritaire sachant que c'est des conditions politiques, économiques et sociales propres à chaque pays que dépend la sélection de l'instrument de justice transitionnelle.⁴⁴⁷

Le changement du paradigme dans la justice transitionnelle, concrétisé par le passage de la transition démocratique à la transition post-confliktuelle, a un impact direct sur la sélection de l'instrument à utiliser. Les préoccupations du premier paradigme de la justice transitionnelle, qui porte son attention sur la vérité et la responsabilité pénale, sont doublées suite à la transformation du paradigme en transition post-confliktuelle avec la réparation et la réconciliation. Enfin, la transition post-confliktuelle est définie selon les quatre responsabilités suivantes, c'est-à-dire la vérité, la responsabilité pénale, la réparation et la réconciliation. En fait, Parmentier affirme qu'une double approche entre la justice et la non-justice ne peut pas être de vigueur concernant le processus de justice transitionnelle. Il précise la nécessité d'une évolution graduelle accordant plus de justice dans le cadre du droit pénal contre moins

⁴⁴⁷ Janine Natalya Clark, "Transitional Justice, Truth and Reconciliation: An Under-Explored Relationship", *International Criminal Law Review*, 11(2011), p.242-243

de justice dans le cadre du droit administratif avec la formation des commissions de vérité ou les programmes de réparations⁴⁴⁸.

De part ces effets sur le long terme, le processus de la justice transitionnelle, le droit pénal et le droit administratif doivent être appliqués simultanément parce que les solutions pragmatiques qui visent seulement à supprimer les effets d'un conflit ou d'un régime autoritaire ne se préoccupent pas des causes structurelles des violations des droits de l'homme. La prise en compte du passé ne peut pas se limiter simplement à l'attribution de la responsabilité pénale dans le cadre de la justice rétributive. Les objectifs prospectifs tels que la non-répétition de la violation des droits de l'homme, la consolidation de la paix et l'établissement de la réintégration sociale doivent être inclus au processus de justice transitionnelle accompagnée d'une instrumentalisation extra-judiciaire dans le cadre de la justice restauratrice.

La justice transitionnelle, en tant que concept émergeant, est délimitée par le droit à la justice, le droit à la vérité, le droit aux réparations et le droit aux garanties de non-répétition. Dans le cadre de la justice rétributive et restauratrice, l'instrumentalisation de ces quatre dernières s'est faite, dès les années 1990, par des mécanismes judiciaires et extra-judiciaires, se concrétisant par le respect des droits de l'homme, du droit humanitaire et du droit pénal international. Les anciens Etats du bloc communiste en Europe de l'est ou encore les régimes autoritaires de l'Amérique Latine, considérés dans le contexte de la troisième vague de démocratisation, ont sollicité l'adoption de mesures concernant les droits de l'homme. C'est à la suite des expériences passées que la justice transitionnelle se développe ou bien s'est développée pour faire face aux violations des droits de l'homme dans les sociétés en transition. La justice transitionnelle est un domaine qui intéresse d'abord la politique, puis qui attire la curiosité académique grâce à ces pratiques conjoncturelles.

Comme nous l'avons souligné précédemment, le développement conceptuel de la justice transitionnelle progresse en parallèle avec les changements paradigmatiques. Le premier paradigme des relations internationales se fondant sur l'antinomie réalisme-idéalisme coïncide avec les tentatives de traitement du passé au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale. Celles-ci portent sur les condamnations des coupables des violations des droits de l'homme annoncées par les tribunaux pénaux

⁴⁴⁸ Stephan Parmentier, "Global Justice in the Aftermath of Mass Violence the Role of the International Criminal Court in Dealing with Political Crimes", *International Annals of Criminology*, p.208

internationaux dans le cadre de la justice rétributive. Il est certain que les Tribunaux Pénaux de Nuremberg et de Tokyo marquent le début de l'évolution contemporaine du concept de la justice transitionnelle. Le débat méthodologique entre les comportementalistes et les traditionnalistes, avec la contribution des autres théories des relations internationales, telles que le marxisme ou le néo-libéralisme et s'intéressant aux inégalités en politique internationale et par la multiplication des acteurs, a permis la diversification des mécanismes de la justice restauratrice. Enfin, un troisième débat entre les positivistes et les post-positivistes, perçu comme un tournant sociologique, permet de s'attarder sur la culture ou encore les valeurs de la société; facteurs sociaux qui, jusque-là n'étaient pas pris en considération. Dans le contexte de la justice transitionnelle, ce débat critique l'absence de localité ou de culture locale durant le processus du traitement du passé. Le développement conceptuel linéaire de la justice transitionnelle, coïncidant avec les changements paradigmatiques des relations internationales, affiche l'aspect cumulatif du processus et la nécessité d'une approche holistique couvrant toutes les dimensions du traitement du passé.

La nécessité d'une approche holistique est directement liée aux diverses dimensions du concept de la justice transitionnelle, allant au-delà du droit et des sciences politiques, telles que la philosophie, l'histoire, la religion, l'anthropologie et la psychologie. Le prisme entre le droit et la science politique ne devrait pas masquer les autres aspects du traitement du passé et ayant une influence directe sur le processus de réconciliation nationale au niveau de la société. Par ailleurs, il serait pertinent de noter que les objectifs à la fois complémentaires et incompatibles de la justice transitionnelle, de la justice et de la paix rendent inévitable le recours à une approche holistique, cette dernière composée d'instruments divergeant selon le contexte du processus de justice transitionnelle.

Le contexte en question dépend de plusieurs facteurs comme l'héritage de l'injustice, la culture juridique, la tradition politique, les exigences des conditions politiques et plus particulièrement du genre de transition, soit de la modalité de transition. Les négociations entre l'opposition et les élites politiques du régime précédent aboutissent sur une transition politique adoucissant les procédés de la justice transitionnelle. Les développements durables ne sont observables qu'à la suite d'une intervention étrangère ou par la réussite de l'opposition. Pour illustrer cette idée, il

serait adéquat de mentionner la création des Tribunaux Pénaux de Nuremberg et de Tokyo, à la fin de la Seconde Guerre Mondiale, qui soulignent l'importance du genre de la transition dans le déroulement des événements et ce comparé aux autres. En d'autres termes, la sélection de l'instrument de justice transitionnelle est directement liée à la modalité de la transition politique.

Dans le cadre du processus de justice transitionnelle post-confliktuelle, l'établissement du TPIY peut être expliqué par l'intervention humanitaire internationale de l'OTAN. C'est avec la création d'un tribunal *ad hoc* par une résolution du Conseil de Sécurité de l'ONU que l'internationalisation de la justice transitionnelle remet en question la satisfaction des objectifs fondamentaux du processus en question dans l'espace post-confliktuel, autrement dit dans le paradigme moderne de justice transitionnelle. C'est d'ailleurs dans ce contexte que la justice transitionnelle est considérée comme une partie intégrante de la consolidation de la paix par l'ONU dans le contexte de la justice post-confliktuelle. Par conséquent, la capacité d'un instrument judiciaire international au cours du processus de justice transitionnelle post-confliktuelle ne peut être évaluée qu'en examinant l'impact du TPIY sur la région de l'Ex-Yougoslavie à la lumière du développement du droit international humanitaire.

DEUXIEME PARTIE : LE TRIBUNAL PENAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE (TPIY) DANS LE CONTEXTE DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie a été créé par la résolution 827 du Conseil de Sécurité de l'ONU, le 25 Mai 1993, pour « l'engagement de poursuites contre les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international et la restauration et le maintien de la paix » en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Le Conseil de Sécurité a mis l'accent sur la nécessité de la création d'un tribunal international pour faire cesser les violations graves du droit humanitaire international et réparer effectivement leurs effets⁴⁴⁹. Parmi les objectifs principaux du dit-tribunal figurent le rétablissement de la justice ainsi que la restauration et le maintien de la paix. Pourtant, malgré cette volonté, le TPIY n'a pas pris en compte dans sa juridiction la réconciliation nationale et la reconstruction sociale. Ces objectifs de la justice transitionnelle sont, en général, considérés comme les résultats désirables des poursuites judiciaires.

Malgré les tentatives extraordinaires, en ex-Yougoslavie, de créer une commission de vérité ou malgré les lois de lustrations, le TPIY peut, sans doute, être considéré comme le principal instrument de la justice transitionnelle. D'une part la capacité du tribunal en tant qu'instrument judiciaire de la justice rétributive est analysée dans le cadre des composants du concept de la justice transitionnelle; d'autre part l'établissement d'un organe judiciaire par une résolution politique du Conseil de Sécurité est discuté d'une façon critique en considérant les buts complémentaires de la justice transitionnelle. Les compétences du dit-tribunal, instrument de la justice rétributive et l'établissement d'un organe judiciaire par une résolution du Conseil de Sécurité sont discutés. Dans le cadre de cette recherche, il sera question d'une étude détaillée des débats portant sur la légitimité et la légalité du TPIY.

La création d'un tribunal par le Conseil de Sécurité, en vertu du Chapitre VII, a été perçue comme l'élargissement du pouvoir de l'ONU au-delà de son rôle classique. L'élargissement du pouvoir du Conseil de la Sécurité est défini comme une

⁴⁴⁹ Résolution 827 du Conseil du Sécurité de l'ONU, S/RES/827(1993), consulté le 10.03.2017

intervention judiciaire de l'ONU. Cette intervention judiciaire du Conseil de Sécurité illustre l'internationalisation de la justice transitionnelle puisque le TPIY, instrument prioritaire du processus de la justice transitionnelle, a été créé par une organisation internationale intergouvernementale. Jusqu'à la création, par le Conseil de Sécurité, des tribunaux internationaux ad-hoc, les instruments de la justice transitionnelle étaient, dans l'ensemble, du ressort interne comme ce fut le cas des commissions de vérité au Chili et en Afrique du Sud. Schabas affirme que ces initiatives nationales sont observées du point de vue du droit comparé. Selon lui, l'établissement des tribunaux internationaux pénaux ouvrent la voie à l'internationalisation de la justice transitionnelle par l'inclusion du droit international humanitaire⁴⁵⁰.

Il existe une interdépendance entre l'internationalisation de la justice transitionnelle et l'évolution du droit international humanitaire. D'une part, alors que l'intervention judiciaire de l'ONU contribue à l'évolution du droit international humanitaire, d'autre part, l'établissement des tribunaux pénaux ad-hoc n'a été possible que par la transformation du droit international humanitaire au sens classique en une conception moderne et ce grâce aux organisations intergouvernementales ou aux systèmes régionaux. Cette transformation du droit international humanitaire est expliquée, par Buirette, avec le développement du droit international. Elle décrit le champ d'action du droit international qui se développe par la souveraineté étatique et le principe de non-ingérence dans les affaires internes des autres Etats⁴⁵¹. Le Comité International de la Croix Rouge définit le droit international humanitaire comme suit:

« Le droit international humanitaire a pour but de limiter les souffrances causées par la guerre en assurant, autant que possible, protection et assistance aux victimes. Il traite donc de la réalité d'un conflit sans considération des motifs ou de la légalité d'un recours à la force. Il en régleme uniquement les aspects ayant une importance humanitaire. C'est ce que l'on appelle le *jus in bello* (le droit dans la guerre). Ses dispositions s'appliquent également à l'ensemble des parties au conflit, indépendamment des motifs du conflit et de la justesse de la cause défendue par l'une ou l'autre partie »⁴⁵².

Le motif principal du droit international humanitaire était, jadis, la conduite de la guerre. L'internationalisation des droits de l'homme, au lendemain de la Seconde

⁴⁵⁰ William Schabas, "Transitional Justice and the Norms of International Law", Paper to the *Annual Meeting of the Japanese Society of International Law*, Kwansei Gakuin University, 8 October 2011

⁴⁵¹ Patricia Buirette, *Le Droit International Humanitaire*, Editions La Découverte, 1996, Paris, p.5

⁴⁵² <https://www.icrc.org/fre/war-and-law/ihl-other-legal-regimes/jus-in-bello-jus-ad-bellum/overview-jus-ad-bellum-jus-in-bello.htm>, consulté le 13.03.2017

Guerre Mondiale, a soulevé de nouvelles questions concernant leur application en cas de conflit armé. Ainsi, au cours de la Conférence de Téhéran en 1968, le droit international humanitaire est devenu la préoccupation première de l'ONU⁴⁵³. Dans cette perspective, il serait pertinent de noter que, suite à ces évolutions successives, la souveraineté de l'Etat et le principe de non-ingérence prévus dans la Charte de l'ONU ont été remis en cause⁴⁵⁴. Le changement de la nature des conflits et la multiplication des conflits internes ont certes joué un rôle dans les discussions qui ont porté sur le sujet. Rappelons que les Etats souverains sont responsables de la protection de leurs concitoyens et de la prévention de la violation des droits de l'homme. Si l'Etat souverain faillit à son devoir en raison de son incapacité ou de sa réticence, les débats concernant la responsabilité de la communauté internationale seront relancés. Le droit d'ingérence et la responsabilité de protéger, des notions jusque-là absentes du droit international humanitaire classique, ont permis une modernisation de ce dernier. Au-delà de la multiplication des conflits internes, la diversification des acteurs internationaux tels que, le Conseil de Sécurité, l'Union Européenne, les organisations non gouvernementales a occasionné l'extension du droit international humanitaire du *jus in bello* à *jus post bellum* incluant aussi la restauration et le maintien de la paix, particulièrement comme ce fut le cas en ex-Yougoslavie avec l'établissement du TPIY.

C'est dans le cadre du droit international humanitaire moderne que Bélanger aborde le sujet des nouveaux acteurs internationaux remettant en cause la souveraineté étatique afin de protéger les droits de l'homme. Il explique cette évolution du droit humanitaire par la coexistence de deux approches distinctes, à savoir celles du droit international humanitaire classique et du droit international humanitaire moderne. Le droit humanitaire classique trouve ses sources dans le droit de Genève se basant sur les Conventions de Genève et ses protocoles et dans le droit de La Haye se fondant sur

⁴⁵³ La Conférence Internationale des droits de l'homme de Téhéran en 1968: La Conférence s'est tenue entre du 22 avril du 13 mai 1968. L'Acte Final de la Conférence(A/CONF./32/41) a été approuvé par la résolution 2444 de Protection des droits de l'homme en cas de conflit armé de l'Assemblée Générale le 19 Décembre 1968. La Résolution a reconnu "la nécessité d'appliquer les principes humanitaires fondamentaux dans tous les conflits armés, [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2444\(XXIII\)&TYPE=&referer=http://www.un.org/french/documents/ga/res/23/fres23.shtml&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2444(XXIII)&TYPE=&referer=http://www.un.org/french/documents/ga/res/23/fres23.shtml&Lang=F), consulté le 12.03.2017

⁴⁵⁴ Voir par.7 de l'art. 2 de la Charte de l'ONU, « Aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État ni n'oblige les Membres à soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement aux termes de la présente Charte; toutefois, ce principe ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au Chapitre VII. », <http://www.un.org/fr/sections/un-charter/chapter-i/index.html>, consulté le 13.03.2017

les conventions de La Haye. Bélanger intitule, dès les années 1990, le droit international humanitaire moderne le droit de New York. Bélanger décrit par le droit de New York les applications des mécanismes en dehors du droit international humanitaire classique autrement dit les interventions des nouveaux acteurs des relations internationales en particulier celles du Conseil de Sécurité de l'ONU. Les dispositions du droit humanitaire classique et les notions dominantes du droit de New York seront abordées ultérieurement.

La dichotomie entre le droit humanitaire classique et moderne peut être expliquée par la transformation de la nature des conflits et l'importance croissante du respect des droits de l'homme à partir de la fin de la Guerre Froide. En outre, cette transformation du droit international humanitaire peut être considérée parmi l'un des résultats du changement du paradigme dans les relations internationales comme l'évolution linéaire de la généalogie du concept de la justice transitionnelle. Le rôle croissant des médias dévoilant les crimes internationaux des guerres intra-étatiques ou des conflits armés non-internationaux ont aussi contribué au développement du droit international humanitaire et par conséquent au développement du processus de justice transitionnelle à travers les juridictions pénales internationales dans le cadre de la justice rétributive.

En principe, les Etats ont la responsabilité de faire respecter le droit international humanitaire par le biais des juridictions nationales dans les conventions internationales. En adhérant à ces dites-conventions, les Etats doivent agir afin d'enquêter sur les violations des droits de l'homme ou de poursuivre les responsables présumés. Pourtant, les juridictions pénales internationales et hybrides ont été créées à cause de l'inefficacité et de l'inadéquation des tribunaux nationaux en manque de moyens ou de volonté politique⁴⁵⁵. Autrement dit, dans le cadre des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, l'internationalisation de la justice transitionnelle trouve sa légitimité dans les carences et les faiblesses des juridictions pénales nationales pour faire face aux crimes contre l'humanité, aux crimes de génocide, aux crimes de guerre et finalement aux crimes d'agression.

⁴⁵⁵ Voir Convention de Genève I l'art. 49, Convention de Genève II l'art 50, Convention de Genève II l'art 129, Convention de Genève IV l'art 146, Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide art.6, Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants art.5, Convention sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid art.4 et 11, Accord de Londres du 8 août 1945 art.6

La mise en œuvre du droit international dépend de la volonté des parties du conflit et de la décision des gouvernements. Pourtant, avec la modernisation du droit humanitaire par les organes de l'ONU et les instances régionales plaçant le respect des droits de l'homme en priorité, le consentement préalable des parties n'est plus une condition *sine qua non* pour la mise en vigueur des mécanismes du droit international humanitaire moderne. La désapprobation des diverses parties des conflits concernant la mise en œuvre du droit humanitaire empêche la réussite des procédures classiques de supervision. Les mécanismes du droit humanitaire moderne peuvent intervenir à l'ensemble des conflits armés, internationaux et non-internationaux, pour assurer le respect du droit international humanitaire⁴⁵⁶. La souveraineté étatique et la non-ingérence dans les affaires internes d'un Etat tiers ont perdu leur légitimité depuis la mise en vigueur des notions dominantes du droit de New York, telles que l'intervention humanitaire, le droit d'ingérence et la responsabilité de protéger. Désormais, les organisations intergouvernementales, avec en tête le Conseil de Sécurité, interviennent, grâce aux instruments judiciaires et militaires, dans les affaires intérieures d'un Etat tiers dans les situations de violation du droit humanitaire.

Le Conseil de Sécurité dans le cadre du système onusien considère le respect du droit international humanitaire comme un principe primordial pour le rétablissement de la paix dans les conflits internationaux et non-internationaux. Les mesures prises par le Conseil de Sécurité pour le rétablissement et le maintien de la paix sont prévues par l'Article 41 de la Charte des Nations Unies :

« Le Conseil de sécurité peut décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises pour donner effet à ses décisions, et peut inviter les Membres des Nations Unies à appliquer ces mesures. Celles-ci peuvent comprendre l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radioélectriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques ⁴⁵⁷».

Ces mesures peuvent être prévues aussi bien pour restaurer la paix que pour faire respecter le droit international humanitaire. Les interventions de la communauté internationale peuvent prendre différentes formes telles que l'interruption des relations économiques ou la rupture des relations diplomatiques avant l'emploi de la

⁴⁵⁶ Michel Bélanger, *Droit International Humanitaire Général*, Gualino Editeur, 2007, p.211

⁴⁵⁷ <http://www.un.org/fr/sections/un-charter/chapter-vii/>, consulté le 25.05.2017

force armée comme dernier recours. D'ailleurs, les mesures non-militaires du Conseil de Sécurité avaient précédé l'intervention militaire de l'OTAN de l'été 1995 en Bosnie. Le Conseil de Sécurité a adopté la résolution 713 décrétant un embargo général sur les livraisons d'armes en Yougoslavie⁴⁵⁸. Le Conseil de Sécurité a continué de fournir des efforts pour l'adoption de mesures non militaires. Dans cette perspective, la Résolution 757 a été adoptée le 30 mai 1992 imposant un embargo économique accompagné de la rupture des relations culturelles, scientifiques et sportives avec la Serbie et le Monténégro, considérés comme les principaux responsables de la guerre en Bosnie-Herzégovine⁴⁵⁹. L'établissement du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie peut aussi être évalué dans le cadre des mesures non-militaires avant le recours à la force par la communauté internationale. Dans le cadre du réalisme juridique, en référence au droit de New York, l'interprétation des textes conventionnels varierait selon les changements conjoncturels des relations internationales. Dans ce cadre, la création des tribunaux ad-hoc post-conflituels figurerait parmi les mesures coercitives prises suite à la réinterprétation du Chapitre VII de la Charte de l'ONU. La Convention de Vienne qui souligne l'importance du contexte, de l'objet et du but du traité légitimerait justement l'établissement des tribunaux ad hoc. L'objet principal de la Charte de l'ONU étant le rétablissement de la paix et de la sécurité internationales, le TPIY qui a été établi pour remplir le même objectif pourrait être accepté comme une mesure coercitive dans le cadre de l'Article 41 du Chapitre VII alors qu'au départ il s'agit d'un instrument de droit international humanitaire moderne.

Dans le cadre du Chapitre VII de la Charte de l'ONU, le Conseil de Sécurité a le droit et le devoir d'intervenir dans les conflits internationaux et non-internationaux par le biais de mesures non-militaires. A titre indicatif, il rappela, à plusieurs reprises, aux parties belligérantes, l'exigence du respect du droit international comme ce fut le cas par exemple durant le conflit Iran-Iraq (1980-1988) et pendant l'intervention au Koweït(1990) ou en Géorgie(2008). La transformation de la nature des conflits et en particulier celle des guerres civiles au lendemain de la Guerre Froide a rendu inévitable

⁴⁵⁸ Résolution 713 du Conseil de Sécurité de l'ONU sur la République Fédérale Socialiste de l'Ex-Yougoslavie le 25 Septembre 1991, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/713\(1991\)&TYPE=&referer=http://www.un.org/fr/sc/documents/resolutions/1991.shtml&Lang=F](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/713(1991)&TYPE=&referer=http://www.un.org/fr/sc/documents/resolutions/1991.shtml&Lang=F), consulté le 11.03.2017

⁴⁵⁹ Résolution 757 du Conseil de Sécurité de l'ONU sur la Bosnie-Herzégovine, le 30 Mai 1992, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/757\(1992\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/757(1992)), consulté le 11.03.2017

l'inclusion de la communauté internationale dans les questions humanitaires internes et ce par le biais des organisations internationales intergouvernementales comme ce fut le cas en Somalie, au Rwanda, en Afghanistan et en Libye. En cas de menaces contre la paix et la sécurité internationales, le Conseil de Sécurité décide, par le biais de mesures coercitives, d'intervenir aux conflits non-internationaux afin d'éviter un effet domino sur les pays voisins voire même la déstabilisation de la région à une plus grande échelle.

Le conflit en ex-Yougoslavie, conflit non-international, a particulièrement consolidé, dès 1991, le rôle du Conseil de Sécurité dans le règlement de ce dernier grâce aux résolutions sur le droit international humanitaire. Le renforcement des mécanismes du droit humanitaire moderne s'est aussi manifesté avec la création, le 25 mai 1993, du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie par la résolution 827. L'objectif du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie va au-delà du règlement du conflit. En effet, il essaye de remédier aux violations graves du droit international humanitaire dans le pays. Ainsi, l'internationalisation du processus de justice transitionnelle s'est réalisée par la création d'un tribunal pénal ad-hoc suite à une intervention judiciaire de la communauté internationale dans le cadre d'une résolution du Conseil de Sécurité de l'ONU.

Le succès du TPIY, principal instrument du processus en ex-Yougoslavie, est évalué, en matière de justice transitionnelle, dans le cadre de la satisfaction des attentes de la communauté internationale et des victimes de la guerre en Bosnie-Herzégovine. En prenant en considération le statut du TPIY, les victimes de la guerre attendent en retour la réalisation des objectifs de la justice transitionnelle par le biais de celui-ci. Pourtant les attentats des victimes et les objectifs de la communauté internationale peuvent varier pour la recherche de la justice dans les pays en situation de post-conflit. L'exemple de l'ex-Yougoslavie constitue, en matière de justice post-conflictuelle, une exception parce que le TPIY, perçu comme l'instrument dominant du processus de la justice transitionnelle, a été créé avant la fin de la guerre. Le TPIY est tout autant considéré comme un mécanisme de la justice post-conflictuelle qu'un élément de marchandage pendant les négociations de paix. Plus que l'attribution d'une responsabilité pénale ou judiciaire, à l'origine de la création du Tribunal se trouve davantage des motivations politiques selon les analyses. Les auteurs qui émettent certaines réserves sur l'effet du tribunal en tant qu'instrument de la justice

transitionnelle, citent, comme raison politique, la non-intervention militaire et les attentes de l'opinion publique en faveur d'une intervention internationale⁴⁶⁰.

Les auteurs qui glorifient les contributions du TPIY en matière de justice transitionnelle en ex-Yougoslavie rappellent l'objectif ultime de cet instrument judiciaire qu'est celui de juger les auteurs présumés coupables des violations et la réparation de leurs actes répréhensibles par l'attribution d'une peine⁴⁶¹. Dans cette perspective, les dits-auteurs se réfèrent aux effets sur le long terme comme l'établissement d'un Etat de droit en transition démocratique et d'autre part, ils soulignent l'aspect international des tribunaux pénaux ad-hoc présentant un avantage pour contourner les débats concernant l'impartialité et la justice du vainqueur. L'internationalisation de la justice transitionnelle, non par des instruments nationaux mais par tribunal pénal international peut neutraliser le processus. Par ailleurs, les auteurs admettent aussi que le tribunal, en révélant la vérité sur les violations des droits de l'homme, peut avoir comme fonction la restauration de la justice transitionnelle⁴⁶².

Dans son rapport sur « le Rétablissement de l'état de droit et l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit », le Conseil de Sécurité explique en détail les avantages des instruments rétributives au sein des tribunaux pénaux ad-hoc de la façon suivante :

«39. Les procès en matière pénale peuvent jouer un rôle important dans les périodes de transition. Ils témoignent de la réprobation publique des comportements criminels. Ils peuvent être un moyen direct d'amener les auteurs d'exactions à rendre compte de leurs actes et l'occasion pour les victimes de voir leurs persécuteurs d'hier répondre de leurs crimes et d'obtenir ainsi une certaine forme de justice. Dans la mesure où les règles de procédure pertinentes autorisent les victimes à présenter leurs vues et leur préoccupations devant le tribunal, ils peuvent également aider celles-ci à reconquérir leur dignité. Les procès au pénal peuvent aussi contribuer à renforcer la confiance du public dans la capacité et la volonté de l'État de faire appliquer la loi. Ils peuvent en outre aider les sociétés à sortir d'une période de conflit en établissant un compte rendu détaillé et digne

⁴⁶⁰ Voir Scott Johnson, "On the Road to Disaster: the Rights of the Accused and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", *International Legal Perspectives*, vol.10, no.1, 1998, pp.111-192; Gregory Lombardi, "Legitimacy and the Expanding Power of the ICTY", *New England Law Review*, vol.37, no.4, 2003, pp.887-901, Ralph Zacklin "The Failings of ad hoc International Tribunals", *Journal of International Criminal Justice*, vol.2, 2004, pp.541-545, Anthony D'amato, "Peace vs. Accountability in Bosnia", *American Journal of International Law*, vol.88, no.3, 1994, p.500-506

⁴⁶¹ Ioannis Armakolas et Eleni Vossou, "Transitional Justice in Practice: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Beyond", *UNISCI Discussion Papers*, No:18, October 2018, p.25

⁴⁶² Ibid.

de foi d'incidents et d'événements particuliers. Ils peuvent aider à discréditer les éléments extrémistes, de telle façon que ceux-ci soient exclus des processus politiques nationaux, contribuer à la restauration de l'ordre civil et de la paix, et avoir un effet dissuasif... »⁴⁶³.

Les débats qui ont suivi la création du TPIY concernant ses avantages et ses désavantages dans le contexte politique de la région ont certainement affecté la performance de celui-ci et ce particulièrement dans la première période entre 1993 et 1997. Autrement dit, les prévisions théoriques faites sur l'impact du TPIY ont eu, en pratique, différents résultats en raison de la conception de cet instrument rétributive et de la nature politique propre à la région.

Le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) a rédigé un rapport analysant le processus de la justice transitionnelle en ex-Yougoslavie par le biais de quatre mécanismes, les poursuites judiciaires nationales et internationales, la lustration et l'assainissement, les initiatives de la vérité comme les commissions de vérité, les documentations, les médias, les disparitions et finalement les réparations⁴⁶⁴. Dans le cadre de cette recherche, nous nous pencherons sur l'influence du TPIY dans la région en tant qu'instrument rétributif de justice transitionnelle. Autrement dit, nous essayerons de comprendre si l'internationalisation de la justice transitionnelle par l'intermédiaire du Conseil de Sécurité changerait, à court terme, le processus de justice transitionnelle et à long terme le concept lui-même.

Le TPIY, instrument dominant de la justice transitionnelle en ex-Yougoslavie a été créé pour remplir deux fonctions principales, à savoir le rétablissement de la justice et de la paix. Dans le cas de l'ex-Yougoslavie, il serait possible de combiner la réconciliation nationale et la paix parce que le tribunal est considéré comme un instrument post-conflictuel pour remplir ces deux fonctions ensemble. La capacité d'un instrument rétributif de justice transitionnelle à remplir ces deux fonctions a été débattue en théorie dans la littérature. Dans cette perspective, le TPIY est l'exemple qui illustre, dans la pratique, cet instrument international judiciaire dans une région sortant d'un conflit. Dans le cadre de l'évolution du droit international humanitaire et

⁴⁶³ Rapport du Conseil de Sécurité sur le Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit, S/2004/616, p.17-18, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/395/30/PDF/N0439530.pdf?OpenElement>, consulté le 15 Mai 2017

⁴⁶⁴ Voir Louis Aucoin et Eileen Babbitt, "Transitionl Justice: Assessment Survey of Conditions in the Former Yugoslavia", Report (June 2006), Belgrade, United Nations Developpement Program- UNDP

l'internationalisation de la justice transitionnelle, l'impact du TPIY est examiné à la lumière de ses résultats dans la région sur le long terme.

La relation interdépendante entre le droit international humanitaire et les tribunaux pénaux ad hoc prépare le contexte approprié pour l'application du droit international humanitaire dans le cadre du droit international pénal. L'institutionnalisation du droit humanitaire se réalise à travers les tribunaux pénaux internationaux. Autrement dit, la responsabilité pénale devient la norme face à l'impunité de la communauté internationale. Du point de vue de la justice transitionnelle, l'impact du TPIY en tant qu'instrument rétributif sera analysé dans le cadre de l'évolution du droit international pénal et humanitaire. Pourtant au-delà du droit, il serait adéquat d'analyser l'aspect local d'un mécanisme international de justice transitionnelle en regardant le rôle du TPIY dans les pays de l'ex-Yougoslavie en transition politique.

Chapitre I : L'évolution du droit international humanitaire

Le droit international humanitaire est une branche du droit international. Remacle le divise en trois sous-catégories, soit le droit des droits de l'homme, le droit des conflits armés et le droit des réfugiés. Le droit des conflits armés serait, selon Remacle, composé du droit humanitaire appelé droit de Genève et du droit de la guerre appelé droit de La Haye⁴⁶⁵. Contrairement à la classification de Remacle, Delooz et Kolanowski soulignent la différence qui existe entre le droit international humanitaire et le droit des droits de l'homme. Le droit international humanitaire ne s'applique qu'aux violations commises au cours d'un conflit armé alors que le droit des droits de l'homme, au contraire, porterait sur un champ plus général en dehors des conflits armés. Buirette parle des différents ordres qui prévalent dans les deux systèmes du droit. Elle met d'abord l'accent sur leurs différentes codifications : le droit international humanitaire étant relativement ancien par rapport au droit des droits de l'homme dont l'internationalisation commence avec la Seconde Guerre Mondiale. Buirette traite ensuite du champ d'application de ces deux systèmes de droit. Alors que

⁴⁶⁵ Robert Remacle, "La Conduite des Operations Militaires au Regard du Droit des Conflits Armes", *Actualité du Droit International Humanitaire*, La Charte, 2001, Bruxelles, p.29

le droit humanitaire est restreint par les conflits armés, le droit des droits de l'homme n'a pas de limites temporaires et géographiques. D'ailleurs, une seconde appellation du droit international humanitaire est le droit des conflits armés ou droit de la guerre. Le principal point de référence pour définir le droit humanitaire est l'élément du conflit, du combat voire de la guerre. Bien que la séparation entre le droit de la guerre et la loi de la paix soit reconnue par le droit international public, la Seconde Guerre Mondiale a totalement fait basculer les paramètres de cette séparation distincte. Les documents tels que la Charte de l'ONU (1945), la Convention Européenne des droits de l'homme (1950)⁴⁶⁶ ou les Conventions de Genève (1949)⁴⁶⁷ font directement référence à la protection des droits de l'homme en temps de conflit armé⁴⁶⁸.

La définition du droit humanitaire international donnée par Delooz et Kolanowski contient l'élément de combat : « Le droit international humanitaire, droit de la guerre ou encore, droits des conflits, est l'ensemble des règles qui visent, d'une part, à protéger les personnes qui ne participent pas ou ne participent plus aux hostilités et d'autre part, à limiter les méthodes et les moyens de combat ». Buirette fait aussi référence aux différentes appellations du droit international humanitaire telles que « droit international de la guerre, « droit de la guerre » et « droit des conflits armés ». Pour Buirette, le droit international humanitaire est « un droit applicable dans les conflits armés qui tend, d'une part, à assurer le respect de la personne humaine, respect compatible avec les exigences militaires et l'ordre public, et d'autre part, à atténuer

⁴⁶⁶ Paragraphe. I de l'article 15 de la Convention des Droits de l'Homme: En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf, consulté le 18.03.2017

⁴⁶⁷ Paragraphe 1 de l'article de la Convention de Genève: En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes: 1) Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue. à cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus: a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices; b) les prises d'otages; c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants; d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés, https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0173.pdf, consulté le 17.03.2017

⁴⁶⁸ Hans-Joachim Heintze, "On the Relationship between human rights law protection and international humanitarian law", IRRRC, Vol:86, No:856, Décembre 2004, p.789-791

les rigueurs des hostilités »⁴⁶⁹. Toutefois, Bélanger remplace les notions de combat et de conflit figurant dans les définitions des autres auteurs avec la notion de situation de crise: « Le droit international humanitaire général peut être considéré comme l'ensemble des règles juridiques qui concernent, au plan international, la protection de la personne humaine en situation de crise ». En outre, il explique son choix du mot crise par l'élargissement du cadre du droit international humanitaire au-delà des guerres internationales en y incluant les guerres civiles, les troubles intérieurs, les catastrophes naturelles et industrielles majeures⁴⁷⁰. Une raison essentielle de l'élargissement du champs d'action du droit international humanitaire repose dans sa modernisation par la participation de nouveaux acteurs comme les organisations intergouvernementales ou régionales mais aussi non-gouvernementales pour la protection des droits de l'homme dépassant ainsi la responsabilité étatique. Cet élargissement est considéré comme l'évolution du droit international humanitaire. Buirette explique cet élargissement, en outre l'évolution du droit humanitaire, par la concentration du droit international humanitaire sur la protection de la personne en cas de guerre. Ainsi, elle explique que dorénavant, les règles du droit humanitaire n'encadreraient pas seulement que celles du droit de la guerre⁴⁷¹. Le système normatif qui est formé dans le cadre de la protection des droits de l'homme a ouvert, dès les années 1970, la voie à l'évolution du droit humanitaire.

Bien qu'il existe aussi différentes classifications, l'évolution du droit international humanitaire est en général examinée sous deux catégories principales, à savoir celles du droit international humanitaire classique et du droit international humanitaire moderne. Alors que Bruitte définit cette évolution du droit international humanitaire comme une extension ou une diversification de son cadre, Bélanger, à son tour, distingue directement le droit humanitaire classique du droit humanitaire moderne. Les deux sources principales du droit humanitaire classique sont le droit de Genève et le droit de La Haye. Quant au droit humanitaire moderne, appelé aussi droit de New York, il responsabilise l'ONU pour la protection du droit humanitaire par le biais de notions comme l'ingérence humanitaire et la responsabilité de protéger. Kalshoven aussi utilise la même catégorisation que Bélanger pour expliquer l'évolution normative historique du droit humanitaire. Il remonte d'abord à 1860, aux

⁴⁶⁹ Patricia Buirette, op. cit., p.40

⁴⁷⁰ Michel Bélanger, *Droit International Humanitaire Général*,..., p.16

⁴⁷¹ Patricia Buirette, op. cit, p.42

origines du droit de La Haye et du droit de Genève, puis aux développements des années 1960 et 1970 comme la décolonisation et la situation au Moyen-Orient pour expliquer le rôle actif joué par l'ONU pour la promotion et le développement du droit international humanitaire. L'ONU traite le droit humanitaire dans le cadre des droits de l'homme dans les conflits armés. Kalshoven mentionne la relation interdépendante entre le droit humanitaire et le droit des droits de l'homme, dans le cadre de l'ONU, par le droit de New York. Cependant, en se penchant sur l'évolution du droit international humanitaire, pour caractériser la situation actuelle, il explique que le droit de La Haye, le droit de Genève et le droit de New York convergent avec les mécanismes de l'application du droit humanitaire dans le cadre du droit pénal international⁴⁷².

La relation interdépendante qui existe entre le droit humanitaire et le droit des droits de l'homme peut aussi être expliquée par leurs similitudes. La transformation du concept de la sécurité en la protection de l'individu a fait de la sauvegarde des droits de la personne humaine la priorité des deux systèmes de droit. Les principes communs des deux systèmes de droit tels que le principe d'inviolabilité, de non-discrimination et de sûreté ont ouvert la voie à l'application du droit humanitaire et du droit des droits de l'homme dans le cadre du droit international pénal⁴⁷³. Le rapprochement qui existe entre ces deux systèmes de droit est tout autant lié au rôle croissant du Conseil de sécurité pour l'usage du droit humanitaire, autrement dit du droit de New York, qu'à leurs principes communs. Par exemple, le Conseil de Sécurité qui est aussi l'un des organes responsables de la protection des droits de l'homme, a adopté des résolutions concernant l'ex-Yougoslavie, la Somalie, le Rwanda et l'Iraq en référence au droit humanitaire.

L'internationalisation de la justice transitionnelle se réalise grâce au droit substantiel qui est composé de trois systèmes de droit dans le cadre du droit international, à savoir le droit des droits de l'homme, le droit international humanitaire et le droit international pénal. Tous les trois, formant une partie du droit international, créent, par l'attribution de la responsabilité juridique pénale individuelle, le cadre pour la protection du droit humanitaire et des droits de l'homme dans les conflits armés.

⁴⁷² Frits Kalshoven et Liesbeth Zegveld, *Constraints on the Waging of War, An Introduction to International Humanitarian Law*, ICRC, Geneva, March 2001, p.11

⁴⁷³ Patricia Buirette, op. cit., p.45

Section I : Le Droit Substantiel

Le droit substantiel qui ouvre la voie à l'internationalisation de la justice transitionnelle est composé du droit international humanitaire et du droit international pénal. Si l'on admet l'idée que le droit international pénal est en quelque sorte une application effective du droit international humanitaire, l'évolution normative de ce dernier doit être analysée à travers les crimes internationaux commis envers les individus, les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le crime de génocide. La codification du droit international humanitaire reflète les changements récents des relations internationales. Ainsi, la transformation du droit international humanitaire, en d'autre terme sa modernisation, serait directement liée au changement du concept de crime international au sein du droit international pénal. D'ailleurs, l'évolution normative du droit international humanitaire, appliquée dans le cadre du droit international pénal, est l'une des variables importantes pour l'explication du nouveau système international qui se base sur la primauté du droit international.

Kalshoven explique le passage du droit international humanitaire vers le droit international pénal comme un essor de ce dernier et réalisé grâce aux tribunaux international pénal. Selon lui alors que l'instrumentalisation du droit international humanitaire se réalisait grâce aux tribunaux internationaux pénaux, l'évolution normative, quant à elle, n'a pas eu lieu aussi rapidement⁴⁷⁴. En effet, les débats concernant la souveraineté étatique, la sélectivité dans les tribunaux pénaux et la justice politique sont encore à l'ordre du jour.

La complémentarité du droit international humanitaire et pénal est importante pour la protection des personnes au cours des conflits armés. Alors que le droit international humanitaire vise à réduire le nombre des victimes de la guerre, le droit pénal international, quant à lui, inflige des peines aux présumés responsables des violations des droits de l'homme et du droit humanitaire. L'évolution parallèle du droit humanitaire et du droit pénal dans le système international à partir de la Seconde Guerre Mondiale est le résultat des événements qui ont eu lieu dans les relations

⁴⁷⁴ Frits Kalshoven, "From International Humanitarian Law to International Criminal Law", *Chinese Journal of International Law*(2004), 3(1), p.153

internationales et de la qualification des crimes internationaux. La qualification des crimes internationaux a commencé à prendre forme à la suite de la Seconde Guerre Mondiale particulièrement durant les procès de Nuremberg et de Tokyo. Bien que l'histoire des crimes internationaux remonte à la période précédant la Seconde Guerre Mondiale, la qualification actuelle des crimes internationaux comme les crimes contre l'humanité, les crimes de génocide et les crimes de guerre date de la fin de la Seconde Guerre Mondiale.

Le droit international humanitaire

L'expression « droit international humanitaire » est employée depuis la signature des Conventions de Genève de 1949. Il serait pourtant pertinent de remarquer que les prémices du droit international humanitaire remontent jusqu'à l'Antiquité ; époque marquée par l'émergence des règles coutumières et des textes de guerre. Le passage « je prescris ces lois afin d'empêcher que le fort n'opprime le faible », cité dans le préambule du Code d'Hammourabi⁴⁷⁵, illustre bien l'ancienneté du droit humanitaire. Par ailleurs, Sun Tzu, Général chinois qui a essayé d'établir une stratégie militaire, citait, déjà au VI^{ème} siècle avant J.C., dans son livre intitulé *l'Art de la Guerre* « Traitez bien les prisonniers, nourrissez-les comme vos propres soldats ; faites en sorte, s'il se peut, qu'ils se trouvent mieux chez vous qu'ils ne le seraient dans leur propre camp, ou au sein même de leur patrie »⁴⁷⁶. A son tour, Bélanger aussi fait référence aux grands philosophes de l'Antiquité tels que Platon, Aristote et Cicéron. En effet, d'après lui, il serait question d'un programme d'humanisation de la guerre dans *la République* de Platon. Il précise aussi que Cicéron dans *des Devoirs* tout comme Aristote dans *l'Ethique à Nicomaque* soulignent, chacun à leur tour, l'importance du devoir de solidarité⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ Code d'Hammourabi: Les plus anciennes lois écrites trouvées qui ont été promulguées par le fondateur du premier empire de Babylone au II^{ème} siècle avant J.C, Le Code règle la vie quotidienne à l'époque avec les articles sur la hiérarchie de la société, les salaires, les peines, le fonctionnement judiciaire.

⁴⁷⁶ Sun Tzu, *L'Art de la Guerre*, trad. par Joseph-Marie Amiot, p.11, consulté le 11.03.2017, http://ebook-gratuit-francais.com/wp-content/uploads/sites/6/ebooks/pdf/sun_tzu_art_de_la_guerre.pdf

⁴⁷⁷ Michel Bélanger, *Droit International humanitaire général...*, p.17

Pour ce qui est du Moyen-Age, Delooz et Kolanowski constatent l'utilisation du concept du respect de l'adversaire dans les textes religieux⁴⁷⁸. Bélanger explique en détail les références faites au droit humanitaire dans le cadre du traitement des prisonniers. Il rappelle que c'est d'ailleurs durant le Troisième Concile du Latran, en 1179, que l'esclavage des prisonniers de guerre a été interdit entre chrétiens. Il tente aussi de mettre en évidence les contradictions qui apparaissent dans les textes religieux concernant le droit humanitaire. En effet, à la lecture du Coran, alors que le verset 4 de la sourate 47 énonce l'illicéité de l'exécution des prisonniers de guerre, les versets 67-68 de la sourate 8, au contraire, justifient cette pratique⁴⁷⁹.

Grotius, père fondateur du droit international public, a eu un impact significatif sur l'élaboration du droit humanitaire. Il traite spécifiquement dans le chapitre XI du Livre troisième intitulé *Tempérament par rapport au droit de tuer dans une guerre juste* de la protection des non-combattants comme suit :

« IX. Qu'il faut toujours épargner les enfants ; les femmes si elles n'ont commis quelque grand crime, et les vieilles gens.

X. Qu'il faut aussi épargner ceux qui ne vaquent qu'à l'Eglise, ou à l'étude.

XI. Les gens de champs.

XII. Les marchands et leurs semblables.

XII. Et les prisonniers.⁴⁸⁰ »

A son tour, Vattel, dans son livre intitulé *Le droit des gens ou principe de la loi naturelle*, concernant la conduite et les affaires des nations et des souverains, a ajouté, en 1758, de nouvelles catégories de non-combattant à celle de Grotius :

« Les femmes, les enfants, les vieillards infirmes, les malades, font au nombre des ennemis, & l'on a des droits sur eux, puisqu'ils appartiennent à la nation avec laquelle on est en guerre, & que de nation à nation, & les droits et les prétentions affectent le corps de la société avec tous ses membres. Mais ce sont des ennemis qui n'opposent aucune résistance & par conséquent on n'a aucun droit de les maltraiter en leur personne, d'user contre eux de violence, beaucoup moins de leur ôter la vie... »⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ François Delooz et Stéphane Kolanowski, op. cit., p.7

⁴⁷⁹ Michel Bélanger, *Droit International humanitaire général...*, p.17

⁴⁸⁰ Hugo Grotius, *Du Droit de la Guerre et de la Paix*, trad. par Monsieur de Courtin, Les Freres Van Dole, 1703 La Haye p.196

⁴⁸¹ Emer de Vattel, *Le Droit des Gens ou des Principes de la Loi Naturelle appliqué à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Tome III, 1758, Londres, p.87

Bien que depuis l'Antiquité une attention particulière soit portée au respect de l'adversaire et au traitement des non-combattants, avec ses suggestions concernant le règlement des conflits armés dans son livre intitulé *Un souvenir de Solferino*, Henri Dunant est considéré comme le père fondateur du droit international humanitaire⁴⁸². A la suite de son expérience personnelle durant la bataille de Solferino, il fut le premier à essayer d'établir des règles permanentes pour la protection des victimes de conflits armés. Les suggestions de Henry Durant se basaient sur deux principes; le premier était « *de constituer des sociétés de secours dont le but serait de faire donner des soins aux blessés, en temps de guerre, par des volontaires zélés, dévoués et bien qualifiés pour une pareille œuvre* » et le second « *de formuler quelques principes internationaux, conventionnels et sacrés, lesquels, une fois agréés et ratifiés, serviraient de base à des Sociétés de secours pour les blessés dans les divers pays d'Europe* »⁴⁸³.

Gustave Moynier, juriste et membre du gouvernement suisse mais aussi Président de la société genevoise d'utilité publique a pris l'initiative de créer un comité composé de cinq personnes pour l'élaboration des propositions humanitaires de Durant⁴⁸⁴. Ainsi, en 1880, le Comité international de secours aux militaires blessés a été renommé Comité international de la Croix Rouge. Suite à l'initiative du dit-comité d'organiser, à Genève, un congrès international pour discuter des conditions des services officiels au sein des armées, la première conférence internationale de la Croix Rouge, composée de délégations gouvernementales et des organisations privées a adopté, en août 1863, dix résolutions et trois vœux mettant en vigueur l'acte de la Croix Rouge. Symboles de la neutralité et de l'aide impartiale, ces textes prévoyaient l'établissement de comités de secours aux blessés dans chaque pays⁴⁸⁵. Au cours de cette conférence, le Comité a proposé de créer un droit international pour protéger les personnes participant aux conflits armés. Dans la réalisation de cet objectif, le Comité

⁴⁸² Un Souvenir de Solferino (1862 à Genève): Henry Durant en tant qu'un banquier genevois se trouvait dans les champs de bataille de Solferino. Le Piémont qui est allié de la France a essayé de reprendre à l'Autriche des régions d'Italie sous la direction de Habsbourg à Solferino. Henry Duran a été affecté par les résultats humanitaires de bataille tels que 40 000 victimes sans soins sur le champ de bataille, le nombre insuffisant des médecins par conséquent il a assisté à un programme de secours organisé par la population. Dans ce livre, il a partagé son expérience et fait des suggestions pour humaniser la guerre.

⁴⁸³ Henry Durant, *Un Souvenir de Solferino*, la reproduction du textuelle de l'édition originale, Comité international de la Croix-Rouge, 1852, Genève, p.113-124

⁴⁸⁴ 5 membres du comité: Guillaume Henri Dufour, Gustave Moynier, Henry Dunant, Louis Appia et Théodore Maunoir

⁴⁸⁵ Patricia Buirette, op. cit., p.13

a invité les Etats participants à élaborer une convention internationale pour l'adoption des résolutions de la dernière conférence réunie en août 1864.

Le texte de la « Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne » a été adopté, le 22 août 1864, par douze Etats signataires, à la Conférence internationale pour la neutralisation du service de santé militaire en campagne. La dite-convention est une source importante du droit international humanitaire et sert de base au droit de Genève. Les conventions de La Haye qui se penchent sur la réglementation de la guerre, autrement dit *jus in bello*, constituent une deuxième source conventionnelle du droit humanitaire. Dans les références juridiques, le droit de Genève se distingue du droit de La Haye. Coursier définit le droit de Genève comme l'ensemble des règles qui « concernent spécialement la protection des personnes contre l'abus de force » et il y souligne la différence avec le droit de La Haye qui, au contraire, se préoccupe des règles interétatiques pendant l'usage de la force⁴⁸⁶. Ces deux Conventions sont à l'origine de la codification du droit international humanitaire dans le cadre des conventions internationales.

Les dix articles de la première Convention de Genève portent sur le traitement des militaires blessés quelle que soit leur nationalité. Quelques articles de la Convention insistent particulièrement sur le principe de la neutralité ; principe crucial pour l'intégrité des règles de la Convention et l'approbation des règles préliminaires du droit international humanitaire⁴⁸⁷. La neutralité est un principe valide pour les

⁴⁸⁶ Henri Coursier, *Cours de cinq leçons sur les Conventions de Genève*, Comité International de la Croix Rouge, 1963, Genève, pp.9-10

⁴⁸⁷ Article 1: "Les ambulances et les hôpitaux militaires seront reconnus neutres, et, comme tels, protégés et respectés par les belligérants, aussi longtemps qu'il s'y trouvera des malades ou des blessés. La neutralité cesserait si ces ambulances ou ces hôpitaux étaient gardés par une force militaire", Article 2: "Le personnel des hôpitaux et des ambulances, comprenant l'intendance, le Service de santé, d'administration, de transport des blessés, ainsi que les aumôniers, participera au bénéfice de la neutralité lorsqu'il fonctionnera, et tant qu'il restera des blessés à relever ou à secourir », L'art. 5 : « Les habitants du pays qui porteront secours aux blessés seront respectés et demeureront libres.

Les généraux des Puissances belligérantes auront pour mission de prévenir les habitants de l'appel fait à leur humanité, et de la neutralité qui en sera la conséquence. Tout blessé recueilli et soigné dans une maison y servira de sauvegarde. L'habitant qui aura recueilli chez lui des blessés sera dispensé du logement des troupes, ainsi que d'une partie des contributions de guerre qui seraient imposées",

Article 6: "Les militaires blessés ou malades seront recueillis et soignés, à quelque nation qu'ils appartiennent.

Les commandants en chef auront la faculté de remettre immédiatement aux avant-postes ennemis les militaires ennemis blessés pendant le combat, lorsque les circonstances le permettront et du consentement des deux partis.

Seront renvoyés dans leur pays ceux qui, après guérison, seront reconnus incapables de servir. Les autres pourront être également renvoyés, à condition de ne pas reprendre les armes pendant la durée de la guerre. Les évacuations, avec le personnel qui les dirige, seront couvertes par une neutralité absolue".

victimes et les services sanitaires. Même si le principe de neutralité a été considéré à l'époque comme une ingérence à la souveraineté étatique, la Croix-Rouge soulignait la nécessité d'obtenir d'abord l'approbation de l'Etat ; critère qui figure parmi les conditions établies par la Convention⁴⁸⁸.

La Convention de Genève a été modifiée en 1906 par l'adoption de dispositions concernant la guerre maritime. En effet, jusqu'à cette date, la Convention ne fixait que les règles à respecter durant les affrontements militaires. Trente articles divisés en huit chapitres ont été ajoutés à la Convention de 1864. Les nouveaux articles en question portaient d'une part sur l'inhumation ou l'incinération des morts et sur la transmission d'informations concernant les blessés et les malades et d'autre part sur la reconnaissance des autres sociétés de secours. En effet, l'Article 22 de la Convention, explique que « *Les formations sanitaires des pays neutres qui, dans les conditions prévues par l'article 11, auraient été autorisées à fournir leurs services, doivent arborer, avec le drapeau de la Convention, le drapeau national du belligérant dont elles relèvent* »⁴⁸⁹. Pourtant, après la Première Guerre Mondiale, la Convention de 1906 a été, à son tour, remplacée par la Convention de 1929 la Première. Sachant que les révisions apportées y ont été faites en prenant en considération les Conventions de La Haye, il serait adéquat de s'attarder, dans un premier temps, sur cette autre source conventionnelle du droit humanitaire.

Comme mentionné dans le paragraphe précédent, les Conventions de La Haye, adoptées le 29 juillet 1899 et le 18 octobre 1907, ont appliqué à la guerre maritime les dispositions des Conventions de Genève. Les principes juridiques des Conventions de La Haye ont été soulevés pour la première fois à la Conférence de Saint-Petersbourg, les 29 novembre – 11 décembre 1868, s'achevant par la signature d'une Déclaration interdisant l'emploi de balles explosives de petit calibre. Pourtant, outre la réglementation des armes, la communauté internationale devait aussi résoudre d'autres problèmes concernant la guerre. C'est pourquoi, les vingt-six Etats réunis à La Haye ont essayé de codifier dans l'ensemble les lois de la guerre. Les Conventions de La Haye sont essentiellement composées du Code dit de Lieber destiné aux forces américaines et élaboré en 1863 par le professeur Francis Lieber, mais aussi de la Déclaration non ratifiée concernant les lois de la guerre sur terre signée à Bruxelles le

⁴⁸⁸ Patricia Buirette, op. cit., p.16-17

⁴⁸⁹ <https://ihl-databases.icrc.org/dih-traites/INTRO/180?OpenDocument>, consulté le 07.04.2017

27 août 1874 et du Manuel des lois de la guerre sur terre adopté par l'Institut de droit international à sa session d'Oxford le 9 septembre 1880⁴⁹⁰.

Les trois conventions ont été adoptées lors de la première Convention de La Haye en 1899 par la participation de vingt-six Etats signataires. La Convention I concernait le règlement pacifique des conflits internationaux, la Convention II comportait les lois et coutumes de la guerre sur terre et finalement la Convention III régula l'adaptation des principes de la Convention de Genève du 22 août 1864 à la guerre maritime.

En 1907, la seconde conférence de La Haye a révisé la première Convention en l'élargissant par de nouvelles lois de guerre. Dans cette perspective, treize conventions y ont été adoptées.

- I. Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux
- II. Convention concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement de dettes contractuelles
- III. Convention relative à l'ouverture des hostilités
- IV. Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre
- V. Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances et personnes neutres en cas de guerre sur terre
- VI. Convention relative au régime des navires de commerce ennemis au début des hostilités
- VII. Convention relative à la transformation des navires de commerce en bâtiments de guerre
- VIII. Convention relative à la pose de mines sous-marines automatiques de contact.
- IX. Convention concernant le bombardement par des forces navales en temps de guerre
- X. Convention pour l'adaptation, à la guerre maritime, des principes de la Convention de Genève
- XI. Convention relative à certaines restrictions à l'exercice du droit de capture dans la guerre maritime
- XII. Convention relative à l'établissement d'une Cour internationale des prises
- XIII. Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances neutres en cas de guerre maritime⁴⁹¹.

La Convention de Genève de 1929, en tant que successeur de la convention de Genève de 1906, comportait des dispositions concernant les prisonniers de guerre à la

⁴⁹⁰Stanislaw Nahlik, "Droit "de Genève" et Droit "de La Haye": Unité ou dualité?", *Annuaire français de droit international*, Volume 24, 1978, p.11

⁴⁹¹<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070025/201106090000/0.193.212.pdf>, consulté 10.04.2017

lumière des conventions de La Haye sur le traitement de ces derniers. Pourtant, notons à juste titre que les conventions de La Haye restèrent insuffisantes durant la Première Guerre Mondiale. Les accords spéciaux signés par les belligérants, à Berne, en 1917 et en 1918, avaient justement pour objectif de surmonter ces lacunes. Ainsi, le besoin d'une convention consacrée aux prisonniers de guerre a été exprimé par le Comité International de la Croix Rouge à Genève en 1921. Dans cette perspective, le texte de convention préparé par le Comité a été approuvé en 1929. La Convention de 1929 était complémentaire aux Conventions de La Haye concernant le traitement des prisonniers de guerre. La Convention régula les peines encourues par les prisonniers de guerre, leurs conditions de travail ainsi que leurs relations avec les autorités militaires ou les puissances protectrices⁴⁹². Enfin, la nécessité d'une autre conférence concernant d'une part les conditions d'aviation sanitaire en temps de guerre et d'autre part l'élaboration d'une convention consacrée à la protection des civils sur le territoire d'un belligérant ou sur un territoire occupé par ce dernier a été formulée par l'acte final de la Convention de 1929. Par conséquent, le Comité International de la Croix Rouge a élaboré, en janvier 1939, un projet qui devait être présenté à une conférence diplomatique prévue pour le début de 1940. L'éclatement de la Seconde Guerre Mondiale suspendit la poursuite de ces travaux⁴⁹³.

Pourtant, les expériences de la guerre ont vite fait comprendre l'importance de la reprise des discussions concernant le dit-projet. Dans cette perspective, aux précédentes Conventions de Genève s'ajoutèrent la protection des civils donnant ainsi naissance à quatre projets séparés, adoptés par les représentants des soixante-trois gouvernements et ratifiés à Genève le 12 août 1948. Il s'agit de la :

«Convention de Genève (I) sur les blessés et malades des forces armées sur terre, 1949

Convention de Genève (II) sur les blessés, malades et naufragés des forces armées sur mer, 1949

Convention de Genève (III) sur les prisonniers de guerre, 1949

Convention de Genève (IV) sur les personnes civiles, 1949 ».

⁴⁹² <https://ihl-databases.icrc.org/dih-traites/INTRO/305?OpenDocument>, consulté le 10.04.2017

⁴⁹³ <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Treaty.xsp?documentId=05C8F375A3385D37C12563140043A926&action=openDocument>, consulté le 10.04.2017

C'est avec la mise en vigueur des Conventions de Genève de 1949 que les distinctions faites auparavant entre le droit de Genève et le droit de La Haye ont disparu. En effet, marquée par les expériences de la Deuxième Guerre Mondiale, la communauté internationale adopta une nouvelle Convention réunissant le contenu de ces deux droits. Alors que la Convention de 1949 remplaçait la Convention de Genève de 1929, la protection des civils soumis au pouvoir de l'ennemi et la lutte contre l'arbitraire et la violence faisaient aussi parties de l'ordre du jour⁴⁹⁴. Bien que la Seconde Guerre Mondiale représente un tournant décisif dans l'évolution du droit international humanitaire concernant la protection des civils, elle correspond aussi à l'éclatement des guerres de colonisation et au changement de la nature des conflits. Outre les conflits internationaux, ce sont ces développements qui ont rendu nécessaire l'adoption de dispositions concernant les conflits armés non-internationaux.

Le CICR (le Comité international de la Croix Rouge) a pris en compte les guerres de colonisation, le changement de la nature des conflits en conflits internes et les nouvelles méthodes de guerre comme celles des guérillas avec le développement du système des droits de l'homme. Ces deux projets du CICR ont été discutés dans la « Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés » de 1974 à 1977. Enfin les protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève ont été adoptés le 8 juin 1977. Les nouvelles sources conventionnelles qui complétèrent les Conventions de Genève de 1949 sont composées de deux protocoles; à savoir le Protocole relatif à la protection des victimes de conflits armés internationaux (Protocole I) et le Protocole relatif à la protection des victimes de conflits armés non-internationaux (Protocole II)⁴⁹⁵.

Le Protocole I peut être considéré comme un complément aux conventions de Genève et de La Haye. Le dit-Protocole souligne l'importance de limiter les opérations militaires pour la protection des victimes. En outre, il prend en compte le changement de la nature des conflits armés. Dans le paragraphe 4 de l'Article I du Protocole I, les conflits armés de la décolonisation sont aussi traités en dehors des conflits armés

⁴⁹⁴ Patricia Buirette, op. cit, p.52

⁴⁹⁵ https://www.icrc.org/fr/assets/files/other/icrc_001_0321.pdf, consulté le 15.04.2017

internationaux⁴⁹⁶. Delooz et Kolanowski classifient les conflits armés internationaux comme suit :

- « 1-Conflit armé interétatique qui oppose deux ou plusieurs Etats,
- 2-Conflit armé interne avec reconnaissance de belligérance
- 3-Conflit armé interne avec interventions étrangères
- 4-Conflit armé interne avec l'intervention de l'ONU
- 5-Une guerre de libération nationale
- 6-La guerre de sécession ⁴⁹⁷»

Cette qualification est problématique dans le sens que tous les conflits armés internes sont considérés comme des guerres internationales en cas d'intervention étrangère comme celle de l'ONU ou celle d'un ou de plusieurs Etats tiers. D'ailleurs le champ d'application matériel du Protocole additionnel II de 1977 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux est délimité de façon bien restrictive dans l'Article I :

« 1. Le présent Protocole, ..., s'applique à tous les conflits armés qui ne sont pas couverts par l'article premier du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), et qui se déroulent sur le territoire d'une Haute Partie contractante entre ses forces armées et des forces armées dissidentes ou des groupes armés organisés qui, sous la conduite d'un commandement responsable, exercent sur une partie de son territoire un contrôle tel qu'il leur permette de mener des opérations militaires continues et concertées et d'appliquer le présent Protocole.

2. Le présent Protocole ne s'applique pas aux situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues, qui ne sont pas considérés comme des conflits armés⁴⁹⁸. »

Bélanger souligne l'exclusion de mouvements armés comme l'ETA en Espagne ou l'IRA au Royaume-Uni⁴⁹⁹. Pourtant, les développements dans la nature des conflits

⁴⁹⁶ Article 1 du Protocole I additionnel de Genève: "4. Dans les situations visées au paragraphe précédent sont compris les conflits armés dans lesquels les peuples luttent contre la domination coloniale et l'occupation étrangère et contre les régimes racistes dans l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, consacré dans la Charte des Nations Unies et dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les états conformément à la Charte des Nations Unies.", https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0321.pdf, consulté le 18.04.2107

⁴⁹⁷ François Delooz et Stéphane Kolanowski, op. cit., p.15-17

⁴⁹⁸ https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0321.pdf, consulté le 17.04.2017

⁴⁹⁹ L'ETA (Euskadi ta Askatasuna): Le mouvement basque et nationaliste a été fondé par les étudiants contre le régime franquiste le 31 juillet 1959. Les attentats sanglants ont été organisés par l'ETA depuis 1973 hors du pays basque. Il a renoncé à la lutte armée en 2011.

ont été pris en compte pendant l'élaboration des nouveaux textes de droit international humanitaire. L'évolution du droit humanitaire s'est déroulée à la lumière des développements conjoncturels du système international. D'ailleurs, les conflits qui n'ont pas un caractère international ont été traités dans l'Article 3 aux quatre conventions de Genève de 1949 comme suit :

« En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international et surgissant sur le territoire de l'une des Hautes Parties contractantes, chacune des Parties au conflit sera tenue d'appliquer au moins les dispositions suivantes :

1. Les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres de forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, détention, ou pour toute autre cause, seront, en toutes circonstances, traitées avec humanité, sans aucune distinction de caractère défavorable basée sur la race, la couleur, la religion ou la croyance, le sexe, la naissance ou la fortune, ou tout autre critère analogue. À cet effet, sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu, à l'égard des personnes mentionnées ci-dessus :

- les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices
- les prises d'otages ;
- les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants ;
- les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés.

2. Les blessés et les malades seront recueillis et soignés. Un organisme humanitaire impartial, tel que le Comité international de la Croix-Rouge, pourra offrir ses services aux Parties au conflit. Les Parties au conflit s'efforceront, d'autre part, de mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux tout ou partie des autres dispositions de la présente Convention.

L'application des dispositions qui précèdent n'aura pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit.⁵⁰⁰ »

L'IRA (Irish Republican Army) : L'Armée paramilitaire nationale a été créée en 1919. Tandis que l'organisation a mené des actions contre les britanniques jusqu'à 1948, en fait elle est devenue le symbole du problème de l'Irlande du nord en 1948. Elle a organisé les attentats à la bombe et meurtres dans les villes de Belfast, Londres pour obtenir le rattachement du nord à l'Irlande du sud. L'IRA a annoncé la fin de sa lutte armée en 2015 après longues années de négociations.

⁵⁰⁰ <https://www.icrc.org/fre/resources/documents/article/other/article-commun-conventions-120849.htm>, consulté le 17.04.2017

En commun aux Conventions de Genève de 1949, l'article 3 se concentre sur le traitement humanitaire, le Protocole II incluant la protection des populations mais aussi des civils individuellement. De plus, il élargit le champ d'application des dispositions de Genève de 1949. Autrement dit, il a construit une base juridique pour l'évolution du droit humanitaire classique dans le cadre des conflits armés non-internationaux. C'est avec le principe de non-ingérence dans les affaires internes d'un Etat que la souveraineté étatique a été remise en cause, transformant ainsi le devenir des guerres civiles⁵⁰¹. Le Protocole additionnel II relatif aux conflits armés non internationaux est aussi le signe du début d'une nouvelle phase allant du droit international humanitaire classique vers le droit humanitaire moderne.

L'une des dispositions importantes des protocoles additionnels est certes l'Article 91 du Protocole I concernant la responsabilité. Tandis que les sanctions spécifiques n'ont pas été prévues dans le cadre de la responsabilité des Etats, les droits à l'indemnité des victimes sont reconnus par l'Article 91 du Protocole I sur la responsabilité⁵⁰².

Les sources conventionnelles du droit international humanitaire se fondent sur les Conventions de Genève et les Conventions de La Haye. Notons qu'il existe aussi des sources coutumières dont l'importance dépend d'un lent processus de ratification du droit international humanitaire. Au cours des conflits armés non-internationaux, alors que les sources conventionnelles sont d'ordre restrictif, les règles coutumières sont acceptées comme les sources principales du droit humanitaire⁵⁰³.

Malgré ces sources conventionnelles et coutumières, les mécanismes d'application du droit international humanitaire restent limités. Autrement dit, un mécanisme pénal spécifique de mise en vigueur n'existait pas jusqu'à la fin de la Deuxième Guerre Mondiale. Comme la préoccupation primaire du droit international était la protection des victimes, la punition des responsables des violations du droit international humanitaire était du ressort des juridictions nationales ainsi que des lois nationales. Pourtant, la brutalité des violations des droits de l'homme et du droit

⁵⁰¹ Michel Bélanger, *Droit International humanitaire général...*, p.65

⁵⁰² Article 91 du Protocole I additionnelle de Genève: "91.La Partie au conflit qui violerait les dispositions des Conventions ou du présent Protocole sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de ses forces armées.", https://www.icrc.org/fr/assets/files/other/icrc_001_0321.pdf, consulté le 18.04.2107

⁵⁰³ Michel Bélanger, *Droit International humanitaire général...*, p.66

humanitaire a rendu obligatoire la mise en place d'une juridiction pénale pour faire face à la culture de l'immunité. Le droit international humanitaire continue à évoluer dans le cadre des développements du droit international pénal autrement dit par la codification des crimes internationaux commis envers les individus. Dans cette perspective, le droit pénal international en tant qu'autre pilier du droit substantiel concernant la justice transitionnelle devrait être traité dans l'objectif d'assurer la transformation du droit humanitaire classique en droit humanitaire moderne.

Le droit pénal international

Le droit pénal international, deuxième pilier du droit substantiel concernant la justice transitionnelle, est accepté comme la phase de mise en œuvre du droit humanitaire. Afin de combler l'absence des organes pénaux d'application, qui faisaient défaut jusqu'à la Deuxième Guerre Mondiale, les Conventions de Genève ont prévu des mécanismes de contrôle tels que l'Institution de la Puissance protectrice, le Comité International de la Croix Rouge et la Commission d'Etablissement des Faits. Comme prévu par les Conventions de 1949, le fonctionnement de l'Institution en question dépendait d'un accord triangulaire entre les Etats en conflit et l'Etat protecteur. La responsabilité de l'Etat protecteur portait sur l'organisation des activités de secours, l'établissement des relations entre les Etats en conflit et le contrôle de l'exécution ainsi que du respect des obligations des Conventions pour les parties en conflit. En l'absence d'une puissance protectrice, c'est au Comité international de la Croix Rouge que revenait la responsabilité d'assumer la tâche de l'Institution de la Puissance protectrice. Pourtant, au lendemain de la Seconde Guerre Mondiale, cette dernière n'a pas pu fonctionner correctement laissant ainsi la place au CICR. Le dit-Comité occupa les fonctions de la Puissance protectrice pour deux raisons essentielles; premièrement, les conditions politiques et idéologiques de la Guerre Froide rendaient difficile la désignation d'un Etat tiers comme Puissance protectrice et deuxièmement, le changement de la nature des guerres internes compliquait le fonctionnement de l'Institution de la Puissance protectrice.⁵⁰⁴

⁵⁰⁴ Patricia Buirette, op. cit, p.72-73

Dans le cadre des fonctions humanitaires mentionnées par la Convention, le rôle du CICR, en tant que mécanisme de contrôle de la mise en place du droit humanitaire, consistait à effectuer des visites dans les camps de prisonniers de guerre et à accomplir des activités de secours. Pourtant, la substitution du CICR à la Puissance protectrice, a posé certains défis portant atteinte aux deux principes incontournables du bon déroulement des opérations humanitaires, à savoir l'efficacité et la neutralité du CICR.⁵⁰⁵

Le changement de la nature des conflits et l'inclusion de l'ONU au contrôle de l'application du droit humanitaire ont nécessité certaines modifications des Conventions de 1949 ; alors que d'une part, les Protocoles de 1977 rappelaient la responsabilité de la Puissance protectrice et du CICR concernant le droit humanitaire, d'autre part, le Protocole I a créé une Commission d'établissement des faits pour enquêter sur les violations du droit humanitaire. Son fonctionnement dépendant du consentement des Etats, la juridiction de la Commission n'était plus indispensable.⁵⁰⁶ Malgré l'existence des mécanismes de contrôle prévus par les Conventions, le caractère facultatif du contrôle de l'application du droit humanitaire a révélé la nécessité d'un mécanisme de sanctions pour les infractions de droit international humanitaire.

Dans le cadre du droit pénal international, bien que les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo aient été les premiers instruments judiciaires de la justice rétributive, rappelons que déjà en 1474, Peter Von Hagenbach a été le premier à être condamné et décapité suite à un procès international pour ses atrocités commises pendant l'occupation de Breisach.⁵⁰⁷ Avec la signature, en 1648, des accords de Westphalie qui introduisirent le principe de la souveraineté étatique, ce type d'initiative se fit rare jusqu'au XIXème siècle⁵⁰⁸.

Gustave Moynier, l'un des fondateurs de la Croix Rouge, soumit, en 1864, à la Convention, la première proposition concernant l'établissement d'une cour pénale internationale permanente pour la poursuite judiciaire des violations. Cette

⁵⁰⁵ Ibid., p.73-74

⁵⁰⁶ Ibid., p.75

⁵⁰⁷ Christopher Keith Hall, "The First Proposal for a Permanent International Criminal Court", *International Review of the Red Cross*, No:322, 31.03.1998, <https://www.icrc.org/eng/resources/documents/article/other/57jp4m.htm>, consulté le 15.05.

⁵⁰⁸ William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, 2011, Cambridge, p.1-2

proposition, présentée en 1872 à la conférence de CICR, comportait dix articles et se fondait sur l'exemple d'un tribunal arbitral créé un an auparavant par le Traité de Washington. Alors que la préoccupation essentielle de Moynier était le contrôle de l'application des dispositions des Conventions de Genève, la proposition d'une cour permanente n'a pourtant pas suscité assez d'intérêts. Etant donné que les conventions de Genève et de La Haye ne prévoyaient aucune disposition pénale pour les violations du droit international humanitaire, les débats concernant les poursuites des responsables de crimes internationaux ont donc été retardés jusqu'à la Première Guerre Mondiale.

Les délégations à la Conférence de Paix de Paris ont discuté, en 1919, des sanctions pénales qui devaient être infligées aux responsables des violations des lois et des coutumes de guerre⁵⁰⁹. Malgré les oppositions prononcées par les Etats, comme celles des Etats-Unis qui revendiquaient le principe de la justice *ex post facto* et la responsabilité morale de la transgression des conventions de guerre, la décision de traduire en justice Guillaume II de Hohenzollern, ancien empereur d'Allemagne figura dans l'Article 227 du Traité de Versailles comme suit :

« L'article 227 : Les puissances alliées et associées mettent en accusation publique Guillaume II de Hohenzollern, ex-empereur d'Allemagne, pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités.

Un tribunal spécial sera constitué pour juger l'accusé en lui assurant les garanties essentielles du droit de défense. Il sera composé de cinq juges, nommés par chacune des cinq puissances suivantes, savoir les États-Unis d'Amérique, la Grande-Bretagne, la France, l'Italie et le Japon.

Le tribunal jugera sur motifs inspirés des principes les plus élevés de la politique entre les nations avec le souci d'assurer le respect des obligations solennelles et des engagements internationaux ainsi que de la morale Internationale. Il lui appartiendra de déterminer la peine qu'il estimera devoir être appliquée. Les puissances alliées et associées adresseront au Gouvernement des Pays-Bas une requête le priant de livrer l'ancien empereur entre leurs mains pour qu'il soit jugé⁵¹⁰».

Cette initiative a servi de base pour le jugement des responsables des violations du droit humanitaire, bien qu'aucune procédure judiciaire n'ait été entamée à l'encontre de Guillaume II qui s'était réfugié aux Pays-Bas. Les regrets éprouvés par la

⁵⁰⁹ William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court...*, p.3

⁵¹⁰ <http://mjp.univ-perp.fr/traites/1919versailles7.htm>, consulté le 15.05.2017

communauté internationale au lendemain de la Première Guerre Mondiale ont aussi joué un rôle dans l'établissement des tribunaux pénaux internationaux.

Le Tribunal Pénal Militaire International de Nuremberg et le Tribunal Militaire International pour l'Extrême-Orient ont été établis juste après la Seconde Guerre Mondiale en réaction à la brutalité des crimes internationaux, à la destruction de l'Europe et à l'incapacité du droit national et international de prendre action. Les principes généraux du droit tels que *nullem crimen, nulla poena sine lege, ex post facto* justice et la non-rétroactivité du droit pénal ont été pris en considération à la fois dans les Chartes des tribunaux mais aussi dans les débats qui opposaient les partisans et les opposants pour poursuivre Guillaume II qui était en fuite. Les tribunaux pénaux militaires, en tant que premiers exemples internationaux et en particulier le Tribunal de Nuremberg ont contribué à l'évolution du droit pénal international dans le contexte de l'établissement des tribunaux pénaux internationaux. Ainsi, ils ont servi à l'émergence du droit pénal international comme une branche à part entière du droit international. L'élargissement horizontal et vertical de la responsabilité pénale et la reconnaissance de nouvelles catégories de crimes internationaux ont permis au droit pénal international de consolider sa position au sein des tribunaux pénaux ad-hoc et finalement au sein de la Cour pénale internationale. La Commission de Droit International a codifié, en 1950, l'héritage de Nuremberg par les «*Principes du droit international consacrés par le statut du tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal*» en vertu de la Résolution 177 de l'Assemblée générale des Nations Unies. Tous les développements dans le cadre du droit pénal international y compris l'attribution de la responsabilité pénale internationale aux individus et aux chefs d'Etats, le rejet de la défense sur des excuses basées sur la hiérarchie du pouvoir ou l'ordre d'un supérieur, la naissance de nouveaux crimes internationaux comme les crimes contre l'humanité et les crimes contre la paix ont été codifiés dans les Principes de Nuremberg comme suit :

« 1-) Tout auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international est responsable de ce chef et passible de châtimeut.

2.) Le fait que le droit interne ne punit pas un acte qui constitue un crime de droit international ne dégage pas la responsabilité en droit international de celui qui l'a commis.

3.) Le fait que l'auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international a agi en qualité de chef d'Etat ou de gouvernant ne dégage pas sa responsabilité en droit international.

4.) Le fait d'avoir agi sur l'ordre de son gouvernement ou celui d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas la responsabilité de l'auteur en droit international, s'il a eu moralement la faculté de choisir.

5.) Toute personne accusée d'un crime de droit international a droit à un procès équitable, tant en ce qui concerne les faits qu'en ce qui concerne le droit.

6.) Les crimes énumérés ci-après sont punis en tant que crimes de droit international.

a. Crimes contre la paix:

i) Projeter, préparer, déclencher ou poursuivre une guerre d'agression ou une guerre faite en violation de traités, accords et engagements internationaux;

ii) Participer à un plan concerté ou à un complot pour l'accomplissement de l'un quelconque des actes mentionnés à l'alinéa i.

b. Crimes de guerre:

Les violations des lois et coutumes de la guerre qui comprennent, sans y être limitées, les assassinats, les mauvais traitements ou la déportation pour les travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction perverse des villes ou villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires.

c. Crimes contre l'humanité:

L'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation ou tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions sont commis à la suite d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre, ou en liaison avec ces crimes.

7.) La complicité d'un crime contre la paix, d'un crime de guerre ou d'un crime contre l'humanité, tels qu'ils sont définis dans le principe 6, est un crime de droit international »⁵¹¹.

La codification des crimes internationaux dans le Statut de Nuremberg s'est faite à la lumière des principes de Nuremberg. Depuis, les crimes de guerre, les crimes contre la paix et contre l'humanité sont acceptés comme des incriminations principales du droit pénal international. Le contenu du droit pénal international continue à évoluer par rapport aux crimes internationaux qui sont codifiés dans les nouveaux textes. Similairement, dans le cadre de la justice transitionnelle, la justice rétributive se

⁵¹¹ <https://ihl-databases.icrc.org/dih-traites/INTRO/390?OpenDocument>, consulté le 17.05.2017

développe conformément au droit pénal international. Une catégorisation des crimes servirait de base pour le traitement du passé en voie de justice transitionnelle.

Parmi les crimes internationaux, les crimes de guerre sont les plus anciens. Depuis la convention de Genève, en date de 1864, les problèmes concernant le *jus in bello* constituaient l'objet prioritaire du droit international et plus particulièrement celui du droit international humanitaire. Le concept de crime de guerre apparaît, en 1919, dans l'Article 228 du traité de Versailles comme un acte contraire aux lois et coutumes de la guerre :

« Le Gouvernement allemand reconnaît aux puissances alliées et associées la liberté de traduire devant leurs tribunaux militaires les personnes accusées d'avoir commis des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre⁵¹² ».

Cette conception des crimes de guerre a été conservée, en 1945, dans la Charte du Tribunal militaire international de Nuremberg. Regroupé sous le titre de « crimes de guerre », le contenu des actes contraires aux lois et coutumes de la guerre a été détaillé au paragraphe 2 de l'Article 6 de la Charte⁵¹³. Le concept des crimes de guerre a apporté une explication aux incriminations rentrant dans la compétence du Tribunal. Bien que la codification des crimes de guerre dans les traités du droit humanitaire ait continué grâce aux Conventions de Genève de 1949, la communauté internationale a préféré opter pour une conception plus large.⁵¹⁴ Les infractions graves sont énumérées dans chacune des Convention de Genève de 1949 de la sorte :

« l'homicide intentionnel, la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire »⁵¹⁵.

Le Protocole additionnel I de 1977 a élargi le contenu des crimes de guerre dans son Article 11 en y ajoutant les actes médicaux tels que les expériences médicales ou scientifiques, les mutilations physiques et les prélèvements de tissus ou d'organes pour faire des transplantations. De surcroît, l'Article 85 du même protocole a énuméré les infractions graves qui « entraînent la mort ou causent des atteintes

⁵¹² <https://www.herodote.net/Textes/tVersailles1919.pdf>, consulté le 17.05.2017

⁵¹³ William Schabas et Nadia Bernaz, op. cit., p.140

⁵¹⁴ Ibid., p.141

⁵¹⁵ https://www.icrc.org/fr/assets/files/other/icrc_001_0173.pdf, consulté le 20.05.2017

graves à l'intégrité physique ou à la santé” autre que celles de l’Article 11⁵¹⁶. La plupart de ces infractions graves concerne les actes commis contre la population civile. La protection des populations civiles a été ajoutée aux sources conventionnelles du droit humanitaire par la Convention IV de Genève de 1949. Elle a gagné en importance depuis la fin de la Seconde Guerre Mondiale avec le changement de la nature des conflits armés.

Les crimes de guerre dans les conflits non-internationaux ont été pris en compte par la communauté internationale sans avoir recours aux infractions graves telles qu’elles apparaissaient dans les sources conventionnelles comme dans l’Article 3 communs aux Conventions de Genève de 1949 et dans le Protocole additionnel II de 1977. Les violations citées dans l’Article 3 commun aux Conventions concernant les conflits armés ne présentant pas un caractère international ont été considérées comme des crimes de guerre même si dans son contenu l’Article 3 n’y faisait pas référence explicitement :

- « ... a) Les atteintes portées à la vie et à l’intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices;
- b) les prises d’otages;
- c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants;
- d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés »⁵¹⁷.

L’acceptation des conflits armés non-internationaux comme une catégorie distincte des guerres a été possible grâce au Protocole additionnel de Genève de 1977 relatif à la protection des victimes des conflits armés non-internationaux. Le protocole en question a révisé les crimes de guerre mentionnés dans l’Article 3 commun aux Conventions sans faire référence à la notion de transgression et en prenant en considération les violations commises durant les guerres de colonisation, les guerres de libération nationale, les guerres de sécession et les guerres civiles. L’Article 4 du

⁵¹⁶ William Schabas et Nadia Bernaz, op. cit., p.142

⁵¹⁷ M. Cherif Bassiouni, “The Normative Framework of International Humanitarian Law: Overlaps, Gaps and Ambiguities”, *Transnational Law&Contemporary Problems*, Vol.8:199, p.222

Protocole II classifie les infractions graves sous l'intitulé d'actes interdits à l'égard des civils :

- « ...-les atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes, en particulier le meurtre, de même que les traitements cruels tels que la torture, les mutilations ou toutes formes de peines corporelles ;
- les punitions collectives ;
- la prise d'otages ;
- les actes de terrorisme ;
- les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur ;
- l'esclavage et la traite des esclaves sous toutes leurs formes ;
- le pillage ;
- la menace de commettre les actes précités »⁵¹⁸.

Toutes les conceptions propres aux crimes de guerre ont été définies dans le Statut du TPIY. Dans la même lignée, la brutalité des violations, l'unicité du tribunal ad-hoc de l'époque et la transformation du droit international humanitaire passant d'un modèle classique à un modèle moderne en impliquant l'ONU ont donné lieu à l'exhaustivité et à la clarté des incriminations internationales du dit-Statut. Alors que d'une part, les crimes contre l'humanité et les crimes de génocide ont été introduits respectivement dans les articles du Statut, d'autre part, les crimes de guerre ont été pris en main séparément sous les « *infractions graves aux Conventions de Genève de 1949* » et les « *violations des lois et des coutumes de la guerre* »⁵¹⁹. Pourtant, dans le cadre du droit pénal international, la jurisprudence du TPIY a eu un impact considérable sur l'évolution du droit substantiel concernant les conflits armés non-internationaux. Ce sujet sera abordé dans le chapitre suivant.

L'Article 8 du Statut de Rome contient la définition la plus récente des crimes de guerre. Elle inclut toutes les catégorisations des sources conventionnelles du droit pénal international⁵²⁰. L'Article 8 retient les infractions graves aux Conventions de Genève de 1949, les autres violations des lois et coutumes applicables aux conflits

⁵¹⁸ https://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0321.pdf, consulté le 20.05.2017

⁵¹⁹ http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_fr.pdf, p.5, consulté le 25.05.2017

⁵²⁰ Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, New York, p.59

armés internationaux et les infractions graves de l'Article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 concernant les conflits armés ne présentant pas un caractère international. Les conflits armés non-internationaux y sont traités de façon détaillée en faisant référence aux situations qui ne sont pas considérées comme des conflits armés et qui ne présentent pas un caractère international comme les émeutes ou les actes isolés et sporadiques de violence. Pour la première fois, l'expression des violations graves des lois et des coutumes applicables aux conflits armés non-internationaux a été évoquée dans un texte conventionnel du droit pénal⁵²¹. Comme il a été question précédemment, la transformation de la nature des conflits a modifié la codification des crimes de guerre. Ainsi, dans le cadre des conflits armés non-internationaux, les crimes de guerre ont été codifiés de façon exhaustive.

Plus récente que les crimes de guerre, l'expression de crime contre l'humanité a été utilisée pour la première fois en 1915 au sujet des massacres déroulés autour de la population ottomane d'origine arménienne. Composée de la France, de la Russie et de la Grande-Bretagne, la Triple Alliance a désigné les événements qui se sont déroulés dans l'Est de la Turquie de « massacres en Arménie » les qualifiant de crimes contre l'humanité⁵²². A proprement parler, la codification des crimes contre l'humanité a commencé avec la Charte du Tribunal de Nuremberg en 1946. Les crimes contre l'humanité ont figuré dans l'Article 6 du Statut du Tribunal avec les crimes contre la paix et les crimes de guerre. Les crimes contre l'humanité sont définis dans l'Article 6(c) comme suit:

«L'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime »⁵²³.

Le Tribunal est compétent pour les crimes contre l'humanité si ces derniers ont été commis dans le contexte de l'Article 6, en addition aux crimes contre la paix et aux

⁵²¹ https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6A7E88C1-8A44-42F2-896F-D68BB3B2D54F/0/Rome_Statute_French.pdf, p.5-10, consulté le 25.05.2017

⁵²² Florent Bussy, «Le crime contre l'humanité, une étude critique», *Témoigner. Entre histoire et mémoire*, 115:2013, p.135

⁵²³ <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/52d68d14de6160e0c12563da005fdb1b/ef25b8f448034148c1256417004b1ce6?OpenDocument>, consulté le 25.05.2017

crimes de guerre. Autrement dit, les crimes contre l'humanité commis avant la Deuxième Guerre Mondiale, c'est-à-dire entre 1932 et 1939 n'ont pas été soumis à la juridiction du Tribunal de Nuremberg⁵²⁴.

L'évolution de la notion des crimes contre l'humanité a continué avec le Statut du TPIY. Dans ce cadre, le contenu des crimes contre l'humanité s'est élargi en incluant dans l'Article 5 du Statut de nouveaux crimes comme notamment celui du viol. De plus, les crimes contre l'humanité perpétrés durant les conflits armés internes ont pour la première fois fait partie de la juridiction d'un tribunal international. La condition se base sur la réalisation des crimes contre l'humanité pendant le conflit pour leur soumission à la juridiction du Tribunal est la même que pour le TPIY. La dite-condition a été supprimée, en 1994, du Statut du TPIR en raison de l'impossibilité de juger les crimes contre l'humanité dans les conflits purement internes, le cas contraire, cette condition aurait été valable au Rwanda⁵²⁵. De l'élargissement du contenu des crimes internationaux dépend le contenu du droit pénal international. C'est grâce aux statuts des Tribunaux ad-hoc et à leurs jurisprudences que le Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale a inclus dans son Article 7 concernant les crimes contre l'humanité tous les développements du droit pénal portant sur les crimes contre l'humanité.

Le génocide est le crime le plus récent parmi les crimes internationaux. La notion de génocide a été utilisée pour la première fois en 1944 par Raphael Lemkin dans son livre sur les crimes des Nazis⁵²⁶. Par la suite, les procureurs de Nuremberg l'ont adoptée et finalement l'Assemblée Générale de l'ONU a déclaré, en 1946, le génocide en tant que crime international dans sa Résolution numéro 96⁵²⁷. A l'époque, la principale préoccupation de la communauté internationale était de bien distinguer le génocide des crimes contre l'humanité. Comme mentionné auparavant, pour pouvoir être soumis à la juridiction d'un tribunal pénal international, le crime contre l'humanité devait être commis pendant la guerre. Pourtant, la communauté internationale décida qu'un crime pouvait être considéré de génocide même s'il a été commis en tant de

⁵²⁴ M. Cherif Bassiouni, "The Normative Framework of International Humanitarian Law: Overlaps, Gaps and Ambiguities", *Transnational Law & Contemporary Problems*, ..., p.205

⁵²⁵ Ibid., p.208

⁵²⁶ William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, p.99

⁵²⁷ [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/96\(I\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/96(I)&Lang=F), p.189, consulté 25.05.2017

paix⁵²⁸. C'est pourquoi, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide a été adoptée, en 1948, par l'Assemblée Générale de l'ONU.

Le crime de génocide a été défini dans l'Article II de la Convention de génocide comme ceci :

« Article II

Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :

- a) Meurtre de membres du groupe;
- b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;
- c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
- d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe;
- e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe»⁵²⁹.

Toutes les sources conventionnelles du droit pénal international y compris le Statut du TPIY en 1993, le Statut du TPIR en 1994 et finalement le Statut de la Cour Pénale Internationale ont adopté cet article de la Convention de génocide pour le crime de génocide.

L'intention est certes l'élément le plus important du crime de génocide. Dans ce cas, l'attribution de la responsabilité pénale individuelle revient aux personnes qui commettent les actes de génocide. Pourtant l'intention de génocide est très difficile à prouver en cas de l'absence de traces écrites comme ce fut le cas en ex-Yougoslavie ou au Rwanda⁵³⁰.

Une autre insuffisance concernait la négligence d'une définition détaillée des victimes qui ne sont rassemblées qu'en groupes nationaux, ethniques et religieux. Le changement de la nature des conflits a rendu obligatoire la prise en compte des différentes fractions au sein des Etats en dehors des diversités classiques. Contrairement aux autres crimes internationaux qui ont évolué selon les développements conjoncturels, le terme de génocide n'a pas changé au fil des années. Le chaos qui naîtrait de l'élargissement de son contenu empêcherait cet emploi. Ce

⁵²⁸ William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, p.100

⁵²⁹ <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CrimeOfGenocide.aspx>, consulté le 30.05.2017

⁵³⁰ M. Cherif Bassiouni, "The Normative Framework of International Humanitarian Law: Overlaps, Gaps and Ambiguities"..., p.213

n'est qu'en modifiant les éléments objectifs et subjectifs du terme de génocide que le champ d'application de ce dernier s'élargirait et la différence qui existe avec les crimes internationaux disparaîtrait.

Les crimes internationaux qui sont soumis à la juridiction du TPIY sont traités dans le cadre de l'évolution du droit pénal international. Les crimes internationaux tels que les crimes d'agression, la torture et le terrorisme sont du ressort de la Cour Pénale Internationale.

L'évolution du droit pénal international dépend des conceptions de crimes internationaux dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux. La jurisprudence de ces tribunaux est aussi déterminante dans l'élargissement du contenu des crimes internationaux. Alors que l'établissement des tribunaux pénaux dépend des crimes commis, la jurisprudence de ces mêmes tribunaux contribue à l'enrichissement de la codification et du contenu des crimes internationaux.

Le droit substantiel concernant la justice transitionnelle qui comporte le droit international humanitaire et le droit pénal international a évolué dans le cadre des développements conjoncturels. Par conséquent, l'enrichissement des mécanismes de la justice rétributive s'est réalisé grâce à la diversité et à la fiabilité des instruments judiciaires. D'ailleurs, les instruments judiciaires internationaux, se substituant aux mécanismes judiciaires nationaux, ont été créés en raison de l'incapacité matérielle et normative des organes judiciaire locaux. La transformation du droit humanitaire classique en droit humanitaire moderne impliquant ainsi l'ONU est analysée par la prolifération des tribunaux internationaux pénaux. Les débats portant sur le droit d'ingérence, l'intervention humanitaire, la souveraineté nationale et la responsabilité de protéger ont abouti à la création des tribunaux internationaux. Le principe de la souveraineté nationale a été remis en cause avec l'émergence du droit humanitaire. Cette situation est devenue bien plus visible avec l'introduction de la protection de la population civile dans la Convention IV de Genève de 1949. Ceci reflète à juste titre l'élargissement de la compétence du droit humanitaire international aux droits de l'homme. De toute façon, depuis les développements conjoncturels comme le changement de la nature des conflits, la brutalité des actes des Etats envers leurs propres citoyens et la multiplication des acteurs des relations internationales, l'intérêt de la communauté internationale pour le respect du droit humanitaire international a été inévitable.

La communauté internationale a contribué à la protection du respect du droit humanitaire international par le biais des organisations intergouvernementales et à travers les concepts de l'intervention humanitaire ainsi que la responsabilité de protéger. Les tribunaux pénaux ad-hoc sont considérés comme des instruments de prévention en fonction du troisième pilier de la responsabilité de protéger. Il s'agit d'une doctrine qui se fonde sur la responsabilité de la communauté internationale de protéger les populations des crimes et ce grâce aux moyens diplomatiques et humanitaires en cas d'absence d'une protection étatique. Autrement dit, les tribunaux pénaux ad-hoc forment le pilier judiciaire d'une justice post-conflictuelle créée dans le cadre du droit de New York, droit établi par les résolutions de l'ONU concernant la protection des populations à travers le droit d'ingérence et sa transformation en responsabilité de protéger.

Section II : Le Droit de New York

La conception du droit international humanitaire moderne en tant que droit de New York signifie l'inclusion, dans les relations internationales, de nouveaux acteurs autres que les Etats comme les organisations intergouvernementales, et plus particulièrement l'ONU, les organisations régionales et les organisations non-gouvernementales. Rappelons que l'intérêt porté par l'ONU à l'assistance humanitaire remonte déjà à la fin des années soixante en collaboration avec la Croix Rouge et via ses organes subsidiaires tels que le Haut-Commissariat de l'ONU pour les réfugiés (HCR), le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (l'UNICEF) ou encore l'organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO)⁵³¹.

En 1967 au Moyen-Orient au cours de la guerre de Six Jours opposant Israël à l'Egypte, la Syrie et la Jordanie, l'ONU - qui, par le biais du Conseil de Sécurité se penchait pour la première fois sur l'aspect humanitaire d'un conflit - se restreignit à enquêter que sur les violations des droits de l'homme et des normes du droit international humanitaire dans les territoires occupés de la région au cours de la guerre. Autrement dit, les organes créés par l'ONU ont ainsi repris la fonction de contrôle de la Croix Rouge. Dans ce cadre, Le Conseil de Sécurité a révélé dans la résolution 237

⁵³¹ Patricia Buirette, op. cit., p.79-80

les violations des droits de l'homme des populations civiles dans les territoires occupés par Israël durant la guerre de 1967. Par la suite, le Conseil a créé, en décembre 1968, un comité spécial composé de trois personnes chargé d'enquêter et de publier des rapports sur les violations réalisées par Israël dans les territoires occupés⁵³². Comme nous l'avons déjà mentionné précédemment, l'évolution du droit humanitaire est devenue une préoccupation majeure de l'ONU lors de la Conférence internationale sur les droits de l'homme réalisée en 1968 à Téhéran. Depuis, l'importance de l'ONU n'a cessé d'accroître. Il est incontestable que le nouveau rôle attribué à l'ONU, est directement lié à la conjoncture changeante depuis la fin des années 1960.

En raison de l'interdépendance entre les Etats, l'ingérence de la communauté internationale a aussi pris différentes formes grâce aux organisations internationales. Similairement, l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), composée de 57 Etats d'Amérique du Nord, d'Europe et d'Asie, dont les origines remontent à l'Acte d'Helsinki signé en 1975 sous le nom de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE), est la preuve même de la nécessité de divers organisations pour assurer la sécurité, politique, économique et militaire. Autrement dit, il a été nécessaire de trouver des solutions mondiales au sein des organisations régionales et internationales. Dans cette perspective, face à cette interdépendance étatique, la souveraineté nationale, principe sacré des relations internationales, a été remise en question⁵³³.

Afin de protéger les droits de l'homme, l'inclusion de l'individu comme un acteur à part des relations internationales a entraîné l'affirmation de celui-ci face à l'Etat. Cette conception de la sécurité se concentrant de plus en plus autour de l'individu, dans le cadre de la protection des droits de l'homme, a remis en question le principe d'égalité souveraine des Etats et de la non-ingérence dans leurs affaires internes. L'évolution du droit humanitaire et des droits de l'homme a modifié les règles concernant l'ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat. Depuis la fin des années 1970, l'exclusivité de l'accord des Etats pour une intervention dans les affaires intérieures a diminué en raison de l'omniprésence de la protection de l'individu et ce même contre son propre Etat. Il est certain qu'avec la fin de la Guerre Froide et du monde bipolaire, les conflits se sont transformés en guerres civiles⁵³⁴. Ce changement

⁵³² <http://www.un.org/french/Depts/palestine/history8.shtml>, consulté le 15 Mai 2017

⁵³³ Patricia Buirette, op. cit, p.85-86

⁵³⁴ Ibid., p.90-94

a confronté deux principes fondamentaux des relations internationales, à savoir d'une part, celui de la souveraineté nationale ou de la non-ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat et d'autre part celui de la protection des droits de l'homme.

La souveraineté nationale, la non-ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat, la juridiction nationale, le règlement pacifique des différends et le non-recours à la force sont les principes fondamentaux qui apparaissent dans les textes de droit international moderne comme ceux de la Charte de l'ONU et la Charte de l'Organisation des Etats américains. L'Article 2 de la Charte de l'ONU souligne l'importance du concept de souveraineté par l'expression « l'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité des Etats souverains »⁵³⁵. L'Article 2(7) fait aussi référence au principe de non-intervention dans les affaires au sein de la compétence nationale comme suit :

« Aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat ni n'oblige les Membres à soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement aux termes de la présente Charte; toutefois, ce principe ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au Chapitre VII »⁵³⁶.

Le Chapitre VII de la Charte de l'ONU dénote les situations exceptionnelles concernant l'application des mesures de coercition qui sont juxtaposées dans l'Article 39 du dit-Chapitre par « l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression ». Les mesures de coercition qui peuvent être prises en compte par le Conseil de Sécurité au sein de l'ONU sont prévues pour maintenir et rétablir la paix et la sécurité internationales dans les articles 41 et 42 du Chapitre VII de la Charte de l'ONU comme ceci :

« Article 41

Le Conseil de sécurité peut décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises pour donner effet à ses décisions, et peut inviter les Membres des Nations Unies à appliquer ces mesures. Celles-ci peuvent comprendre l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radioélectriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques.

Article 42

⁵³⁵ <http://www.un.org/fr/sections/un-charter/chapter-i/index.html>, consulté le 15.06.2017

⁵³⁶ <http://www.un.org/fr/sections/un-charter/chapter-i/index.html>, consulté 15.06.2017

Si le Conseil de sécurité estime que les mesures prévues à l'Article 41 seraient inadéquates ou qu'elles se sont révélées telles, il peut entreprendre, au moyen de forces aériennes, navales ou terrestres, toute action qu'il juge nécessaire au maintien ou au rétablissement de la paix et de la sécurité internationale. Cette action peut comprendre des démonstrations, des mesures de blocus et d'autres opérations exécutées par des forces aériennes, navales ou terrestres de Membres des Nations Unies »⁵³⁷.

Le Chapitre VII de la Charte de l'ONU est d'ailleurs perçu comme l'une des sources légales fondamentales du droit international pour les interventions humanitaires multilatérales.

Tel que mentionné dans les articles de la Charte, le but principal de l'ONU est l'établissement de la paix et de la sécurité internationales. Le droit humanitaire moderne, ou droit de New York, a pris forme autour de la réalisation de ces deux objectifs. Pourtant les notions de la paix et de la sécurité se sont transformées en accordant la priorité à la sécurité de l'individu, c'est-à-dire à la protection des droits de l'homme. Les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire sont prises en considération en vertu de l'Article 39 dans le cadre d'« une menace contre la paix ». L'augmentation des mesures coercitives incluant les interventions militaires du Conseil de Sécurité après la fin de la Guerre Froide est directement liée à la prise en considération par l'ONU des violations des droits de l'homme et des guerres civiles dans le cadre de menaces contre la paix. Le recours à la menace contre la paix comme argument principal pour légitimer les mesures coercitives onusiennes dépend en même temps de sa légalité puisque cette condition exceptionnelle figure dans l'Article 39 de la Charte de l'ONU⁵³⁸. Sachant que la Charte de l'ONU définit la paix internationale par l'absence d'un conflit militaire entre les Etats, les violations des droits de l'homme et les guerres civiles ne peuvent pas être analysées dans le cadre de la menace contre la paix. A l'origine, les guerres civiles et les violations des droits de l'homme ne constituaient pas une menace contre la paix pour les négociateurs de la Charte de l'ONU. C'est pourquoi, le Chapitre VII ne peut pas être utilisé comme une cause légitime et légale des mesures coercitives résultant d'une guerre civile ou d'une répression systématique⁵³⁹.

⁵³⁷ <http://www.un.org/fr/sections/un-charter/chapter-vii/index.html>, consulté 15.06.2017

⁵³⁸ Füsün Türkmen, *İnsan Haklarının Yeni Boyutu İnsancıl Müdahale*, Okumuş Adam Yayınları, 2006, İstanbul, p.64

⁵³⁹ Le rapport de l'Institut Danois des Affaires Étrangères, *Humanitarian Intervention Legal and Political Aspects*, 1999, p.61-62

L'interprétation des textes conventionnels varie selon les différentes approches. Alors que d'une part, l'approche classique ou l'approche positiviste juridique affirment l'immutabilité et l'absoluité des textes légaux comme celui de la Charte de l'ONU, d'autre part, l'approche du réalisme juridique favorise l'interprétation des textes conventionnels en se basant sur les changements conjoncturels. En analysant les mesures coercitives, et en particulier l'intervention sous l'aspect de ces deux approches, il serait pertinent de remarquer que la Charte de l'ONU repose sur le principe d'égalité entre les Etats souverains et le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat. Par ailleurs, comme nous l'avons expliqué dans le paragraphe précédent, le but ultime de l'ONU qui est le maintien et le rétablissement de la paix et de la sécurité implique la paix internationale et par conséquent, l'absence d'un conflit militaire entre les Etats. Ainsi, selon les positivistes juridiques, en se basant sur la Charte de l'ONU, une intervention humanitaire pour la protection des droits de l'homme et pour éviter les guerres civiles ne serait donc pas légale⁵⁴⁰. A l'inverse, l'approche du réalisme juridique affirme que l'interprétation des textes conventionnels varierait selon les changements conjoncturels dans les relations internationales. Tandis que le principe de non-ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat est une règle principale du droit international, l'évolution du droit humanitaire et des droits de l'homme plaçant la sécurité de l'individu devant la souveraineté étatique, rendit obligatoire la réinterprétation des textes conventionnels du droit international concernant les mesures coercitives. D'après les réalistes juridiques, le droit devrait être un instrument de la politique publique et les textes conventionnels du droit international devraient être interprétés dans le cadre des intérêts actuels de la communauté internationale⁵⁴¹.

Dans cette perspective, Lepard propose trois méthodes pour l'interprétation des traités se basant sur la Convention de Vienne concernant le droit des traités et le droit international coutumier⁵⁴². D'abord, il fait référence à l'Article 31 de la Convention de Vienne qui dépend de l'objet et du but traité en tant que méthode de l'interprétation comme ceci :

⁵⁴⁰ Füsün Türkmen, *İnsan Haklarının Yeni Boyutu İnsancıl Müdahale...*, p.76

⁵⁴¹ Tom J. Farer, "Humanitarian Intervention before and after 9/11:legality and legitimacy", *Humanitarian Intervention Ethical, Legal and Political Dilemmas*, ed. Par J.L.Holzgrefe et Robert O. Keohane, p.63

⁵⁴² Brian D. Lepard, *Rethinking Humanitarian Intervention, A Fresh approach based on fundamental ethical principles in international law and world religions*, 2002, Pennsylvania, pp.113

« Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but »⁵⁴³.

Ensuite, il prend en considération les travaux préparatoires comme un instrument complémentaire d'interprétation dans l'Article 32 de la Convention de Vienne de cette façon :

« Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 »⁵⁴⁴.

Enfin, il cite l'avis de la Cour Internationale de Justice qui se fonde sur l'interprétation des traités dans le cadre des règles du droit international au moment de la conclusion du traité et des définitions de l'époque⁵⁴⁵. A la lumière de ces trois méthodes de l'interprétation des traités, l'objet principal de la Charte de l'ONU est le rétablissement de la paix et de la sécurité internationales. En considérant les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire ainsi que les guerres civiles comme des menaces contre la paix, il serait juste d'admettre que la promotion et la protection des droits de l'homme font partie des objectifs de la Charte de l'ONU. Par conséquent, il serait possible d'avoir recours aux mesures coercitives citées dans l'Article 39 de la Charte incluant l'intervention militaire en cas de « l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression »⁵⁴⁶. Pourtant, le recours à la menace et à l'emploi de la force pour la protection de l'intégrité territoriale ou de l'indépendance politique d'un Etat serait incompatible avec les buts de l'ONU, tel que mentionné par l'Article 2(4) dans la Charte de l'ONU. La protection des droits de l'homme devancerait dorénavant la souveraineté nationale selon les significations contemporaines de ces termes. A partir des années 1990, la protection des droits de l'homme par l'intermédiaire des organisations internationales intergouvernementales, en particulier du Conseil de Sécurité, est considérée comme un principe *sine qua non*

⁵⁴³ <https://treaties.un.org/doc/Publication/unts/Volume%201155/volume-1155-I-18232-French.pdf>, p.362, consulté le 20.07.2017

⁵⁴⁴ <https://treaties.un.org/doc/Publication/unts/Volume%201155/volume-1155-I-18232-French.pdf>, p.363, consulté le 20.07.2017

⁵⁴⁵ Brian D. Lepard, op. cit., p.114

⁵⁴⁶ Ibid.

pour l'établissement de la paix et de la sécurité internationales, et ce même en temps de guerre civile.

L'inefficacité des procédures de supervision pour la protection des droits de l'homme et du droit humanitaire, la variabilité de la conjoncture avec l'augmentation des guerres civiles et des acteurs dans les relations internationales ou la conception d'une sécurité axée sur l'individu expliqueraient le rôle croissant du Conseil de Sécurité. Le consentement des parties en cas de supervision de la mise en place du droit humanitaire et des droits de l'homme n'est plus exigé par les nouveaux acteurs des relations internationales.⁵⁴⁷ Par l'intermédiaire du Conseil de Sécurité, l'ONU a développé un nouvel instrument pour la mise en œuvre du droit humanitaire et la protection des droits de l'homme et ce aussi bien pour les conflits armés internationaux que les conflits armés non-internationaux: il s'agit de la responsabilité de protéger. Ce concept se distingue de celui du droit d'ingérence humanitaire des années 1980 et 1990⁵⁴⁸. Les interventions militaires de l'ONU sont discutées autour de ces deux concepts: le droit d'ingérence et la responsabilité de protéger après la fin de la Guerre Froide. L'évolution de la notion d'ingérence dans les affaires internes d'un Etat, passant d'un droit à une responsabilité, montre les paradigmes changeants concernant la protection de l'individu face à la souveraineté étatique. Le concept de l'intervention militaire multilatérale a aussi changé au cours des années. En effet, avec la Guerre Froide, l'intervention d'humanité s'est transformée en intervention humanitaire et après les attentats du 11 Septembre 2001 l'intervention préventive a commencé à être discutée⁵⁴⁹.

Elaboré par les résolutions adoptées par le Conseil de Sécurité concernant les violations du droit humanitaire dans différentes régions, les mesures coercitives pour l'établissement de la paix et de la sécurité internationales ainsi que les interventions militaires et judiciaires, le droit de New York a assuré la modernisation du droit humanitaire grâce à deux nouveaux instruments de l'ONU, à savoir la responsabilité de protéger et les tribunaux pénaux internationaux. Alors que d'une part les tribunaux pénaux ad-hoc sont considérés comme une intervention judiciaire, d'autre part le troisième pilier de la responsabilité de protéger, doctrine fondée sur le

⁵⁴⁷ Michel Bélanger, *Droit International Humanitaire*, Gualino éditeur, 2002, p.211

⁵⁴⁸ Ibid., p.244

⁵⁴⁹ Füsün Türkmen, *İnsan Haklarının Yeni Boyutu İnsancıl Müdahale...*, p.15

document final du Sommet mondial de 2005 qui fait référence à l'utilisation de moyens diplomatiques, humanitaires et autres appropriés pour protéger la population des crimes, montre le processus multidimensionnel du rétablissement de la paix et de la sécurité internationales. Dans cette perspective, les opérations de maintien de la paix de deuxième génération mises en œuvre à partir de la fin de Guerre Froide n'étaient plus seulement des interventions militaires mais dépendaient aussi de l'élaboration de stratégies multidimensionnelles concernant la vie politique, sociale et économiques des Etats sortant d'un conflit.⁵⁵⁰ Dans le cadre du droit de New York, les préoccupations primaires de l'ONU portent sur les instruments de la justice transitionnelle comme les tribunaux pénaux internationaux ad-hoc, les programmes de réformes (DDR, la réforme des secteurs de la justice et de la sécurité) et l'établissement des commissions de vérité.

Du droit d'ingérence à la responsabilité de protéger

Bien que la non-ingérence soit l'un des principes sacrés du droit international humanitaire, les changements conjoncturels qui apparurent dans les relations internationales à partir de la fin de la Guerre Froide rendirent obligatoire l'intervention à des fins humanitaires dans les affaires internes d'un Etat. Cette ingérence est appelée intervention humanitaire et signifie le droit d'intervention appartenant à la communauté internationale pour protéger le peuple contre son propre gouvernement qui commet des violations des droits de l'homme. Rappelons à titre indicatif que l'intervention humanitaire n'est pas un concept nouveau dans les relations internationales. Déjà au 19^{ème} siècle et ce jusqu'au début de la Première Guerre Mondiale, les grandes puissances de l'époque, à savoir l'Angleterre, la France et la Russie y ont eu recours, sous le nom d'intervention d'humanité, pour défendre les chrétiens de l'Empire Ottoman. L'intervention d'humanité signifie l'exercice de « la pression d'un ou de plusieurs gouvernements étrangers sur un autre gouvernement pour l'amener à modifier ses pratiques arbitraires à l'égard de ses propres sujets »⁵⁵¹. A titre illustratif, il serait possible de donner l'exemple de la France et de l'Angleterre qui sont intervenues en Grèce, en 1827, pour améliorer les pratiques arbitraires des

⁵⁵⁰ Brian D. Lepard, op. cit, p.6

⁵⁵¹ Georges Scelle, *Précis de Droit des Gens, Deuxième Partie*, Librairie du Recueil Sirey, 1937, p.50, cité dans Katia Boustany, "Intervention humanitaire et intervention d'humanité, evolution ou mutation en droit international ?", *Revue quebécoise de droit international*, vol.8, no.1 (1993-1994), p. 104

autorités ottomanes et au royaume des Deux-Siciles, en 1856. L'ingérence des autres puissances européennes, au 19^{ème} siècle, dans les territoires de l'Empire Ottoman en faveur des populations locales comme en Bosnie-Herzégovine, en Bulgarie et en Macédoine présente un autre exemple d'intervention d'humanité⁵⁵². L'appellation intervention d'humanité a été rebaptisée intervention humanitaire à partir des années 1990. Ce nouveau concept a engendré des débats concernant la dichotomie entre le droit d'ingérence et le devoir d'ingérence.

L'histoire normative de l'intervention humanitaire découle du concept de *bellum justum* de la philosophie politique chrétienne médiévale créée par Saint Augustin (354-430) durant le déclin de l'Empire romain d'Occident dans son livre intitulé *De Civitate Dei*. Saint Augustin y a inclus les guerres justes « qui vengent des injustices lorsqu'un peuple ou un Etat à qui la guerre doit être faite, a négligé de punir les méfaits des siens ou de restituer ce qui a été ravi au moyen de ces injustices »⁵⁵³. Pourtant, il y a des conditions spécifiques pour que la guerre puisse être considérée comme juste; la restauration de la paix serait l'objectif ultime de la guerre, la guerre devrait rendre justice, les combattants propageraient le christianisme, la déclaration de guerre dépendrait de l'autorité d'un souverain et enfin, la violence serait proportionnelle aux buts de la victoire⁵⁵⁴.

Saint Thomas d'Aquin (1225-1274), l'un des théoriciens principaux de la tradition de la guerre juste, a défini la guerre juste comme la situation « où l'homme s'engage pour défendre le bien commun »⁵⁵⁵. Tout comme Saint Augustin, il a émis trois conditions de la guerre juste ; d'abord l'engagement du prince pour le bien public de la cité, du royaume ou de la province soumis à son autorité, puis l'établissement d'une cause juste et enfin la détermination d'une intention directe pour la promotion du bien et pour éviter le mal.⁵⁵⁶

⁵⁵² Robert Kolb, "Note on humanitarian intervention", *International Review of the Red Cross*, 1.03.2003, No.849, p.122

⁵⁵³ Robert Regout, *La Doctrine de la guerre juste de Saint Augustin à nos jours, d'après les théologiens et les canonistes catholiques*, Paris 1935, p.42, cité par Académie de Droit International de la Haye, *Recueil des Cours Collected courses*, Tome/Volume 78(1951), p.11

⁵⁵⁴ Yves de la Brière, *Le droit de juste guerre*, Pedone, Paris, 1938, p.22-24, cité par Julien D'étais, *Les nations unies et le droit de légitime défense*, Thèse de Doctorat, Université d'Angers, 2007, p.24, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00346398/document>, consulté 10.07.2017

⁵⁵⁵ Etienne Gilson, *Le Thomisme*, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1942, 4e éd., p. 395, , cité par Julien D'étais, *Les nations unies et le droit de légitime défense*, Thèse de Doctorat, Université d'Angers, 2007, p.25, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00346398/document>, consulté 10.07.2017

⁵⁵⁶ Saint Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, II-IIae, q. 40, a.1

Au 16^{ème} siècle, Francisco de Vittorio (1480-1546) a développé la tradition chrétienne de la guerre juste. Contrairement à ses prédécesseurs, il s'est basé sur les définitions de la guerre offensive et de la guerre défensive. Il n'a pas eu recours à une catégorisation classique. Pour lui, si la guerre est offensive, elle est injuste et si la guerre est défensive, elle est juste. En admettant le droit des chrétiens à défendre leur peuple et leurs biens en ayant recours à la guerre défensive, il reconnut l'existence même du concept de la légitime défense. Selon Vittorio, les conditions de la guerre juste se distinguent de celles des autres ; d'abord, la religion ne doit plus être une cause juste de la guerre, puis, il remet en question l'agrandissement de l'Empire comme raison légitime de la guerre et enfin, il fait référence à l'intention juste comme Saint Thomas d'Aquin⁵⁵⁷. Tous les théoriciens de la tradition chrétienne ont souligné les conditions nécessaires de la guerre juste. Autrement dit, ils ont mentionné les critères *jus ad bellum* de la guerre pour l'engagement.

Hugo Grotius (1583-1645), reconnu comme le père du droit international, a énuméré, au 17^{ème} siècle, dans son œuvre intitulée *Sur les lois de la guerre et de la paix*, les conditions justes et injustes de la guerre. Les trois principes de l'engagement pour la guerre englobaient « la défense de ce qui nous appartient, la poursuite de ce qui nous est dû, et la punition des crimes... »⁵⁵⁸. Par ailleurs, au lieu du devoir de l'intervention humanitaire, il fait référence au droit de l'intervention humanitaire⁵⁵⁹. Samuel Pufendorf (1632-1694), dont les idées se fondent sur son prédécesseur Grotius, a aussi essayé d'établir dans son ouvrage *Du droit de la nature et des gens*, publié en 1672, une liste de règles pour évaluer la justesse d'une guerre en terme juridique. Pourtant, au lieu de classer les causes justes de la guerre, il a défini la guerre juste comme « la guerre qui se fait, ou pour nous conserver ou nous défendre contre les insultes de ceux qui tâchent ou de nous faire du mal en notre personne, ou de nous enlever et de détruire ce qui nous appartient ; ou pour contraindre les autres à nous rendre ce qu'ils nous doivent en vertu du droit parfait que l'on a de l'exiger d'eux : ou

⁵⁵⁷ Francisco de Vitoria, *Leçons sur les Indiens et sur le droit de la guerre*, Librairie Droz, Genève, 1966, p.116-120, cité par Julien D'étais, *Les nations unies et le droit de légitime défense*, Thèse de Doctorat, Université d'Angers, 2007, p.27, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00346398/document>, consulté 10.07.2017

⁵⁵⁸ Hugues Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, Centre de Philosophie politique et juridique, publication de l'Université de Caen, 1984, Tome I, p.202

⁵⁵⁹ J.L. Holzgrefe, "The Humanitarian Intervention Debate", *Humanitarian Intervention Ethical, Legal and Political Dilemmas*, ed. Par J.L.Holzgrefe et Robert O. Keohane, Cambridge University Press, 2003, Cambridge, p.26

enfin pour obtenir réparation du dommage qu'ils nous ont injustement causé et pour leur faire donner des sûretés, à l'abri desquelles on n'ait rien à craindre désormais de leur part »⁵⁶⁰.

Au 18^{ème} siècle, Vattel a essayé d'expliquer la justesse de la guerre du point de vue de la protection du peuple opprimé et plus particulièrement de la sauvegarde des minorités. Il a affirmé que « toute puissance étrangère est en droit de soutenir un peuple opprimé qui lui demande son assistance »⁵⁶¹. Comme mentionné auparavant, la guerre juste relevait, au 19^{ème} siècle, de l'intervention d'humanité par les puissances européennes, pour la protection des minorités chrétiennes dans l'Empire Ottoman. Le traité de Kuchuk Kainarji, signé en 1774, conclu entre l'Empire Ottoman et la Russie a désigné la Russie comme la protectrice des chrétiens orthodoxes, tout comme le traité d'Iaşi, signé en 1792⁵⁶². Dans cette perspective, Kervarec explique l'intervention d'humanité comme « l'emploi de la force armée à l'intérieur du territoire souverain d'un Etat pour obtenir le respect des lois de l'humanité »⁵⁶³. Cela dit, les puissances européennes firent appel à la notion d'intervention d'humanité pour intervenir dans les affaires intérieures de l'Empire Ottoman par le biais de la protection des citoyens chrétiens. Malgré l'amplification, au 19^{ème} siècle, des interventions d'humanité au nom de la protection des minorités, les guerres mondiales qui éclatèrent successivement au 20^{ème} siècle remirent en question le principe d'ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat. La Charte de l'ONU, dans l'Article 2(4), a entravé l'application du principe de non-ingérence. L'exception du recours à la force qui apparaît dans l'Article 51 du Chapitre VII de la Charte est celle de la légitime défense individuelle et collective.

La transformation du concept de l'intervention d'humanité en intervention humanitaire se réalisa à travers les débats concernant le droit d'ingérence et la responsabilité de protéger. La notion du droit d'ingérence a été utilisée pour la première fois après la guerre de Biafra. La guerre de Biafra a éclaté entre deux groupes

⁵⁶⁰ Samuel Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1987. Tome II, p.455-456, cité par Julien D'etais, *Les nations unies et le droit de légitime défense*, Thèse de Doctorat, Université d'Angers, 2007, p.32, <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00346398/document>, consulté 10.07.2017

⁵⁶¹ Emerich de Vattel, *Le Code Diplomatique de l'Europe*, p.279, cité par Juanita Westmoreland-Traoré, "Droit humanitaire et droit d'intervention", *La Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, Vol.34 (2003-04), p.10

⁵⁶² Füsün Türkmen, *İnsan Haklarının Yeni Boyutu İnsancıl Müdahale...*, p.29

⁵⁶³ Gaëlle Kervarec, "L'intervention d'humanité dans le cadre des limites au Principe de non-intervention", *la Revue Juridique de Thémis*, Faculté de Droit, Université de Montréal, 1998, Vol.32, No.77, p.111

ethniques, les Haoussas d'un côté et les Ibos de l'autre, à la suite de l'indépendance du Nigeria en 1960. Alors que d'une part les Igbo souhaitaient l'établissement, à Biafra, d'un Etat indépendant du Nigeria, d'autre part, la Grande-Bretagne et les Etats-Unis défendaient le gouvernement nigérien face aux séparatistes. Suite à la guerre civile qui dura trois ans, de 1967 à 1970, la famine dans les régions séparatistes causa une crise humanitaire pour le groupe ethnique Ibos. Le débat autour du concept du droit d'ingérence, initié par Bernard Kouchner, témoin de la guerre et fondateur de Médecins sans Frontières et a commencé en France suite à cette crise. L'absence du consentement du gouvernement nigérien pour l'assistance humanitaire dans la région, autrement dit le blocage qu'il y exerça a certainement augmenté le niveau de violence de la crise. Dans cette perspective, Kouchner a initié, en 1971, la création de Médecins sans Frontières (MSF) afin de contourner l'obligation du consentement de l'Etat et faire admettre la neutralité des ONG.

Suite à la guerre civile de Biafra, deux juristes, Michel Reisman et Myers Mc Dougal, ont pris l'initiative d'écrire d'un mémorandum intitulé « Humanitarian Intervention to Protect the Ibos ». Ils ont essayé de mettre en place les conditions nécessaires pour rendre légale une intervention unilatérale. Ils ont d'ailleurs proposé l'institutionnalisation de ces dites-conditions au sein de l'ONU et ont demandé à l'Association du droit international de préparer un protocole sur les critères nécessaires pour la légalité d'une intervention unilatérale⁵⁶⁴. Dans cette perspective, l'Association a préparé, au début des années 70, des rapports concernant les critères nécessaires pour la légalité d'une intervention humanitaire unilatérale. Lilich a d'ailleurs essayé de mettre en évidence ces critères en se basant sur les rapports de l'Association. L'existence des violations des droits de l'homme, le consentement du Conseil de Sécurité et l'épuisement des mesures non-militaires sont des critères *sine qua non* pour qu'une intervention soit considérée légale. Selon la communauté internationale, l'approbation du Conseil de Sécurité était suffisante pour qu'une intervention soit considérée comme légale. Lilich a aussi souligné que l'Association optait pour une intervention humanitaire sous l'aval de l'ONU au lieu d'une organisation régionale, d'un groupe d'Etats, voire même d'un Etat⁵⁶⁵. Pour résumer, les objectifs, les procédés

⁵⁶⁴ Nichola J. Wheeler, *Saving Strangers Humanitarian Intervention in International Society*, Oxford University Press, 2000, New York, p. 42

⁵⁶⁵ Robert B. Lillich, "The Development of Criteria for Humanitarian Intervention", Document non-publié, p.6, cité par Nichola J. Wheeler, *Saving Strangers Humanitarian Intervention in International Society*, ..., p.42-43

et les instruments de l'intervention humanitaire devaient être déterminés à l'avance pour assurer sa légitimité et sa légalité au regard de la communauté internationale.

Malgré tous ces efforts fournis pour l'établissement de ces critères, l'attitude de l'ONU face à l'intervention humanitaire était loin de changer. D'ailleurs la Résolution 2131, adoptée le 21 décembre 1965, par l'Assemblée générale de l'ONU et nommée « Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des Etats et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté » contenait l'expression suivante dans son premier paragraphe:

« Aucun Etat n'a le droit d'intervenir, directement ou indirectement, pour quelque raison que ce soit, dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre Etat. Par conséquent, non seulement l'intervention armée, mais aussi toute forme d'ingérence ou toute menace, dirigées contre la personnalité d'un Etat ou contre ses éléments politiques, économiques et culturels sont condamnés »⁵⁶⁶.

Dans la dite-déclaration, la portée du concept d'ingérence était très vaste parce que dans le deuxième paragraphe l'expression de « l'usage de mesures économiques, politiques et de toute autre nature » allait au-delà de l'intervention armée. Alors que d'une part, tous les efforts étaient fournis lors de la seconde session du Comité, en 1966, pour limiter la portée du concept d'« intervention sous quelque forme », d'autre part, la Résolution 2625, adoptée le 24 octobre 1970, reprenait la définition au sens large utilisée dans la Résolution 2131, « puisque la pratique de l'intervention, sous quelque forme que ce soit non seulement constitue une violation de l'esprit et de la lettre de la Charte, mais encore tend à créer des situations qui mettent en danger la paix et la sécurité internationales »⁵⁶⁷.

L'attitude négative de l'ONU face à l'intervention humanitaire pourrait être expliquée par la conjoncture créée par la Guerre Froide. La démarche de la communauté internationale, vers la fin des années 80, sur les débats concernant le droit d'ingérence s'expliquerait par la nécessité d'un nouveau système de sécurité internationale après la Guerre Froide. Celle-ci est apparue de façon imminente, en 1991, pendant la Première Guerre du Golfe.

⁵⁶⁶ Gaelle Kervarec, op. cit, p.95

⁵⁶⁷ Résolution 2625 adoptée à la 25^{ème} session de l'Assemblée Générale, p.132, [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625\(XXV\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625(XXV)&Lang=F), consulté le 20.07.2017

La résolution 688, adoptée le 5 avril 1991, présente le premier exemple d'intervention humanitaire légitimée et légalisée par le Conseil de Sécurité. La décision d'intervention a été prise en vertu du Chapitre VII pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales. La répression des populations civiles irakiennes et en particulier du peuple kurde ainsi que le flux massif des réfugiés kurdes vers l'Iran et la Turquie, vu comme le résultat secondaire de cette répression, ont été perçus comme des menaces contre la paix et la sécurité internationales. Parmi les devoirs et responsabilités de l'ONU se trouvait l'assurance du respect des droits de l'homme et des droits politiques de la population irakienne. Autrement dit, pour la première fois, les violations des droits de l'homme étaient évaluées dans le cadre des menaces contre la paix et la sécurité internationales. Par ailleurs, le devoir et la responsabilité de l'ONU, découlant du Chapitre VII de la Charte, ont été mis en œuvre par l'un des instruments du droit international humanitaire moderne⁵⁶⁸.

Les fondements juridiques et normatifs dépendent de l'approche de la guerre juste et ils évoluent autour des changements de paradigmes dans les relations internationales et du droit international. Alors qu'au début des années 90, le droit d'ingérence se basait sur les dispositions concernant la non-ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat et le respect de la souveraineté nationale, au contraire, au 20^{ème} siècle, la résolution des conflits internes et des guerres civiles nécessita la transformation de la doctrine du droit d'ingérence ou d'intervention humanitaire et des travaux spéciaux de codification.

Après la Guerre du Golfe, l'intervention de 1991 en Irak a contribué à la mise en place du concept d'intervention humanitaire, comme nouvelle règle coutumière, au nom de la protection des droits de l'homme⁵⁶⁹. Pourtant, compte tenu des événements de l'époque, tels que la guerre civile en Somalie, la guerre intra-étatique en ex-Yougoslavie ou le génocide au Rwanda, le développement de la doctrine de l'intervention humanitaire a connu certaines limites. En effet, considérant la grande incertitude normative et juridique qui figure parmi les critères de la doctrine de l'intervention humanitaire, la communauté internationale n'a pas pu y avoir recours de façon adéquate. Par ailleurs, la doctrine de l'intervention humanitaire n'a pas pu

⁵⁶⁸Résolution 688 adoptée au 2982^e session du Conseil de Sécurité, p.33, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/688\(1991\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/688(1991)), consulté le 20.07.2017

⁵⁶⁹Fusun Türkmen, "From Libya to Syria: The Rise and Fall of Humanitarian Intervention?", présenté dans 2014 *ACUNS Annual Meeting*, June 19-21 2014, Kadir Has University, p.4

évoluer linéairement en raison de la particularité de chaque crise internationale. De plus, notons que les décisions concernant les interventions humanitaires ont été essentiellement prises en tenant compte des intérêts politiques et socio-économiques des pays. Rappelons que l'aval du Conseil de Sécurité dépend du vote affirmatif des cinq membres permanents, à savoir les Etats-Unis, la Russie, la Chine, la France et le Royaume-Uni. Pourtant, il se peut que les intérêts de ces dits-membres soient contradictoires, rendant encore plus difficile la prise de décision. Compte tenu de ces difficultés, les débats portant sur la doctrine de l'intervention humanitaire ont évolué, passant de la question du droit d'ingérence à celui de la responsabilité de protéger.

L'opération « Restore Hope » en Somalie

Inquiet de la détérioration de la situation en Somalie, à partir de 1991, le Conseil de sécurité adopta la Résolution 794 nécessitant la mise en place d'une intervention humanitaire. Le départ, en janvier 1991, de Siyad Barre engendra une guerre tribale entre les deux dirigeants des deux groupes de l'United Somali Congress (U.S.C.), à savoir Ali Mahdi Mohammed d'une part et le général Mohammed Farah Hassan Aydiid de l'autre. La bataille atteignit son apogée entre novembre 1991 et mars 1992. Le pays fut frappé par la famine en raison des ravages dans le secteur de l'agriculture dès l'automne 1991⁵⁷⁰. Malgré l'inaction de l'ONU, des ONG comme la Croix Rouge, World Vision, CARE, Save the Children et Médecins sans Frontières ont maintenu leurs opérations dans la région. D'après les estimations de Weiss, les opérations des ONG auraient empêché la mort de 90 000 personnes entre septembre 1992 et décembre 1992⁵⁷¹. Suite aux critiques adressées publiquement par la Croix-Rouge, le Secrétaire Général de l'ONU fit appel à l'engagement de l'Organisation allant ainsi jusqu'à une intervention humanitaire⁵⁷².

La Résolution 733 du Conseil de sécurité, adoptée le 23 janvier 1992, prévoyait « ...aux fins de rétablissement de la paix et de la stabilité en Somalie, d'appliquer immédiatement un embargo général et complet sur toutes les livraisons

⁵⁷⁰ Roland Marchal, "La militarisation de l'humanitaire: l'exemple somalien", Cultures & Conflits, Automne 1993, p.4

⁵⁷¹ Thomas G. Weiss, *Military-Civilian Interactions: Intervening in Humanitarian Crises*, Rowman & Littlefield, 1999, Oxford, p.80-81, cité par Nichola J. Wheeler, *Saving Strangers Humanitarian Intervention in International Society*, ...p.175

⁵⁷² Geoff Simons, *United Nations A Chronology of Conflict*, Palgrave Macmillan, 1994, Londra, p.170

d'armes et d'équipements militaires en Somalie... ». Le processus qui commença par la résolution d'embargo continua par la négociation, le 3 mars 1992, d'un cessez-le-feu entre les deux factions de l'USC. Dans cette perspective, suite à l'échec de ces initiatives pour l'établissement de la paix et de la sécurité, de nouvelles mesures ont été prises avec la nomination, à partir du mois de mai 1992, du diplomate algérien Muhammed Sahnoun en tant que représentant spécial du Secrétariat général de l'ONU en Somalie. Grâce à ses relations amicales qu'il établit avec les différents groupes en Somalie, Sahnoun obtint le consentement des parties de la guerre civile pour le déploiement, durant le mois d'août, de 500 Casques Bleus dans le cadre de l'ONUSOM (United Nations Operation in Somalia)⁵⁷³. Antérieurement, le Conseil de Sécurité avait adopté la Résolution 775 qui autorisait « le renforcement des effectifs de l'ONUSOM et leur déploiement ultérieur » avec 3500 nouveaux Casques Bleus. Pourtant, cette décision du Conseil de sécurité, prise sans le consentement des parties en question, causa des tensions dans les relations. Par ailleurs, 500 pakistanais qui faisaient partie des Casques Bleus qui contrôlaient l'aéroport de Mogadishu, dès le mois d'août 1992, n'ont pas osé quitter les lieux en raison des attaques somaliennes qui durèrent jusqu'à l'intervention humanitaire en décembre 1992⁵⁷⁴.

L'élection présidentielle américaine de 1992 changea le cours des événements. En effet, le candidat Démocrate Bill Clinton eut recours aux crises humanitaires en Somalie et en Bosnie-Herzégovine comme principal atout de sa campagne présidentielle contre le Président sortant George H. W. Bush. Suite à la pression politique et publique, Bush sentit, à son tour, l'obligation d'agir. Initiée par la proposition de force de 30 000 soldats en faveur d'une opération militaire sous l'égide de l'ONU, la Résolution 794 qui autorisait le Secrétaire général et les Etats membres, en vertu du Chapitre VII, à mettre en place une opération pour l'instauration de la sécurité a été adoptée, le 3 décembre 1992, par le Conseil de sécurité⁵⁷⁵.

L'adoption de la Résolution 794 pour la Somalie à l'unanimité a été légitimée par des causes humanitaires parce que le Conseil de sécurité considérait la souffrance humaine en Somalie comme une menace contre la paix et la sécurité internationales en vertu du Chapitre VII. Contrairement à la résolution 688 décrétée pour l'Iraq, la

⁵⁷³ Nicholas J. Wheeler, op. cit., p.176-177

⁵⁷⁴ Ibid.

⁵⁷⁵ Füsün Türkmen, *İnsan Haklarının Yeni Boyutu İnsancıl Müdahale...*, p.148-149

légalité et la légitimité du Conseil de sécurité pour une intervention humanitaire n'a pas été remise en cause par les Etats. Tous les membres du Conseil de sécurité étaient sur la même longueur d'onde concernant la responsabilité morale de la communauté internationale à sauvegarder les victimes de la famine et du conflit civil en Somalie⁵⁷⁶. Même les pays, comme la Chine et l'Inde, qui s'étaient abstenus de voter pour la Résolution 688 au sujet de l'Iraq ont légitimé l'adoption d'une résolution pour la Somalie sous prétexte qu'il n'y avait pas de gouvernement en Somalie. L'aspect exceptionnel, unique et extraordinaire de l'intervention humanitaire en Somalie a toujours été mis en avant.

De plus, comme le Conseil de sécurité ne clamait que l'absence du gouvernement cela signifiait aussi l'absence de l'Etat, ce qui veut dire dans ce contexte que l'intervention humanitaire en Somalie ne violait pas sa souveraineté nationale⁵⁷⁷.

Le Conseil de sécurité a considéré les violations massives des droits de l'homme comme une menace contre la paix et la sécurité internationales et il a pris action en vertu du Chapitre VII par la Résolution 794. Le Conseil a décrit la situation sur place de « tragédie humaine », caractérisée par « la détérioration de la situation sur le plan humanitaire » et la nécessité d'une « réconciliation nationale et de la reconstruction [du] pays »⁵⁷⁸. Autrement dit, l'ONU instrumentalisa l'intervention humanitaire dans le cadre du droit de New York.

En vertu de la Résolution, l'opération UNITAF (La Force d'intervention unifiée) a commencé sous la direction des Etats-Unis avec la participation de 30 pays différents. Pourtant, depuis le début de l'opération, les différentes stratégies, y compris le désarmement des parties ou encore la création d'une zone de sécurité avaient accentué la tension entre les Etats-Unis et le Secrétaire général de l'ONU, Boutros Ghali. Malgré ces litiges, l'intervention a réussi à éradiquer la famine. En fournissant tous les efforts nécessaires pour le désarmement des groupes milices à Addis Ababa, Boutros Ghali a confirmé la nécessité d'une mission onusienne plus vaste que celle prévue par la Résolution 794. C'est dans cette perspective que la Résolution 814 a été adoptée, le 26 mars 1993, par le Conseil de sécurité. Ainsi, avec un effectif plus

⁵⁷⁶ Ibid., p.186

⁵⁷⁷ Ibid., p.187

⁵⁷⁸ Résolution S/RES/794 adopté par le Conseil de Sécurité à 3145e séance, le 3 décembre 1992, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/794\(1992\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/794(1992)), consulté 25.07.2017

important, l'ONUSOM II fut responsable de toutes les dimensions de la guerre civile y compris du programme de désarmement, du relèvement des institutions politiques, du redressement de l'économie, de la mise en place des institutions gouvernementales de transition et de l'établissement des institutions démocratiques représentatives⁵⁷⁹. Dans cette perspective, le mandat de l'ONUSOM, d'après la Résolution 814, pourrait être considéré comme la première mission de consolidation de la paix de l'ONU après la Guerre Froide⁵⁸⁰. Autrement dit, le processus de justice transitionnelle serait compris dans le cadre du développement post-conflictuel du point de vue de la justice restauratrice dans le cas de la Somalie.

L'ONUSOM II, composée des forces de 29 nations, prit le contrôle de la région le 4 mai 1993. Cependant, malgré le déploiement de l'ONUSOM II et les maintes tentatives d'organisation des conférences d'Addis Abba, l'état de sécurité en Somalie, plus particulièrement à Mogadishu, s'est détérioré. A cet état d'insécurité général s'ajoutaient les attaques perpétrées le 5 juin 1993 contre 24 membres pakistanais de l'ONUSOM II⁵⁸¹. En retour, l'ONU a dû prendre des mesures de représailles en adoptant, le 7 juin 1993, la Résolution 837 qui affirmait que « le Secrétaire Général est autorisé par la résolution 814 à prendre à l'encontre de tous ceux qui sont responsables des attaques armées..., y compris les responsables des incitations publiques à ces attaques, toutes les mesures nécessaires pour établir l'autorité effective d'ONUSOM II... »⁵⁸². Pourtant, plus que l'assistance humanitaire et la réconciliation nationale, l'ONU a déployé tous ses efforts pour la capture de Mohammed Farah Hassa Aydiid mettant de côté les fondements humanitaires de l'opération, en faveur des intérêts militaires. Ce changement d'orientation peut être expliqué par les préoccupations des Etats participants à l'opération pour la protection de leurs intérêts personnels aussi bien que le choix personnel de Boutros Ghali qui avait eu maille à partir avec Aydiid dans le passé, alors qu'il était Ministre des Affaires Etrangères d'Egypte. Alors que d'une part le soutien national des Somaliens a régressé en raison des hésitations des Etats, d'autre part, ce changement opérationnel a été critiqué par

⁵⁷⁹ Résolution S/RES/814 adopté par le Conseil de Sécurité à 3188 séance, le 26 mars 1993, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/814\(1993\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/814(1993)), consulté 25.07.2017

⁵⁸⁰ Füsün Türkmen, *İnsan Haklarının Yeni Boyutu İnsancıl Müdahale...*, p.152

⁵⁸¹ John L. Hirsch et Robert B. Oakley, *Somalia and Operation Restore Hope: Reflections on Peacemaking and Peacekeeping*, United States Institute of Peace, 1995, Washington, p.118

⁵⁸² Résolution S/RES/837 adoptée par le Conseil de Sécurité à 3229e séance, le 7 juin 1993, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/837\(1993\)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/1993.shtml&Lang=F](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/837(1993)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/1993.shtml&Lang=F), consulté le 25.07.2017

les milieux politiques et l'opinion internationale, et plus particulièrement aux Etats-Unis. Ces critiques se sont amplifiées suite à l'attaque de la Force de Réaction Rapide (QRF), contrôlée par les Etats-Unis, de l'Hôtel d'Olympique, lieu où Aydiid avait rencontré ses conseillers et qui s'est terminé avec un lourd bilan humain causant la mort de 500 civils somaliens et de 18 soldats américains ainsi que de 84 blessés.⁵⁸³

Suite à l'échec du 3 octobre, et la force réaction de l'opinion publique américaine devant les images de ses soldats massacrés, les Etats-Unis ont décidé de retirer leurs troupes, suivis par les Etats européens, selon un calendrier bien précis commençant au début des années 1994 et prenant fin le 31 mars 1994. Ils ont été remplacés par des forces venant d'Inde, du Pakistan, de la Malaisie et d'Egypte⁵⁸⁴.

L'échec de l'intervention humanitaire en Somalie peut être expliqué par des raisons opérationnelles et politiques. Tandis que les préoccupations humanitaires étaient dominantes dans la prise de décision de l'intervention par l'ONU, particulièrement la Chine et l'Inde ont insisté sur l'exceptionnalité de la décision d'intervention en Somalie. Alors que les membres de l'ONU étaient conscients de l'urgence humanitaire en Somalie, la Chine et l'Inde y ont souligné l'exceptionnalité de cette décision d'intervention. Ils ont fait référence au principe de non-intervention dans la Charte de l'ONU et ont expliqué la décision d'intervention par l'absence d'un gouvernement en Somalie⁵⁸⁵

Parmi les causes opérationnelles figurent les problèmes qui apparurent entre les Etats-Unis et l'ONU concernant l'exécution de l'opération la nécessité de redéfinir clairement les objectifs de l'opération, l'échec de la démilitarisation des groupes, l'ignorance des dimensions culturelles locales ainsi que les différentes règles des opérations de la consolidation de la paix. Les intérêts politiques contradictoires des différents Etats participant à l'opération, la pression de l'opinion publique mais ont eu des effets négatifs, mettant ainsi fin à l'intervention humanitaire en Somalie.

La mission de l'ONU en Somalie s'est avérée être difficile en raison de la transformation de l'intervention en une opération de consolidation de la paix nécessitant la mise en place d'objectifs à court et à long termes. Les difficultés engendrées par cette dualité, à savoir les problèmes opérationnels et politiques, ont

⁵⁸³ Nicholas J. Wheeler, op. cit., p.196-198

⁵⁸⁴ Ibid., p.199

⁵⁸⁵ Ibid., p.200

occasionné l'échec de l'intervention, portant atteinte à la doctrine d'intervention humanitaire. Suite à l'échec subi en Somalie, la communauté internationale hésita à intervenir dans le génocide perpétré au Rwanda, effet par ricochet de cette guerre interethnique⁵⁸⁶.

L'opération Turquoise en Rwanda

Ayant abordé dans le premier chapitre l'historique du génocide au Rwanda, nous nous contenterons dans cette section d'analyser l'ingérence de l'ONU. L'intérêt porté par la communauté internationale aux événements du Rwanda remonte au 4 août 1993, suite à la signature de l'accord de paix d'Arusha entre le Président Habyarimana et le FRP. Le Conseil de sécurité a, par la suite, adopté, le 5 octobre 1993, la Résolution 872 qui prévoyait la création de la Mission des Nations Unies pour l'Assistance au Rwanda (MINUAR) pour la mise en œuvre de l'accord de paix d'Arusha. Le mandat de MINUAR consistait à superviser l'accord de cessez-le-feu et des conditions de sécurité dans le pays, à contribuer à la sécurité de la ville de Kigali, à contrôler le processus de rapatriement des réfugiés rwandais et la réinstallation des personnes déplacées⁵⁸⁷. Initié au départ pour instaurer la paix, l'accord de paix d'Arusha a, au contraire, déclenché le processus qui irait jusqu'au génocide. Le tournant fut l'accident d'avion causant la mort du Président Habyarimana et du Président du Burundi, Cyprien Ntaryamira, le 6 avril 1994. Par la suite, 800 000 Tutsis ont été tués en 100 jours. Pourtant, peu avant, le 11 janvier 1994, le Général Dallaire, commandant de la MINUAR, avait essayé d'alerter le Département des Opérations de Maintien de la paix (DOMP) au sujet d'un risque de génocide, demandant une augmentation des troupes⁵⁸⁸. Sa requête fut rejetée par le DOMP qui insista que la mission de la MINUAR ne consistait à agir que dans le cadre des forces du gouvernement. Il était certain que l'ONU avait peur d'une nouvelle débâcle comme celle en Somalie.

Malgré les efforts de Boutros Ghali et de la majorité des membres du Conseil de sécurité pour un renouvellement de six mois du mandat de la MINUAR, la pression exercée par les Etats-Unis a porté ses fruits en permettant l'adoption, le 5 avril 1994,

⁵⁸⁶ Füsün Türkmen, "From Libya to Syria: The Rise and Fall of Humanitarian Intervention?"..., p.5

⁵⁸⁷ Résolution S/RES/872 adopté par le Conseil de Sécurité à 3288e séance le 5 octobre 1993, <http://francegenocidetutsi.org/93s872.pdf>, consulté le 30.07.2017

⁵⁸⁸ Howard Adelman, "Preventing Post-Cold War Conflicts: What Have We Learned? The Case of Rwanda", le document présenté dans la Conférence de l'Association des Etudes Internationales à San Diego, California, le 17 avril 1996, p.8-12-13

de la Résolution 909. La dite-résolution affirmait que le prolongement de six mois du mandat de la MINUAR dépendait de l'Etat rwandais et de l'application de l'accord de paix d'Arusha et des institutions transitoires⁵⁸⁹. A cet égard, la MINUAR s'est retirée du Rwanda, par la Résolution 912, ne laissant sur place que 270 Casques Bleus pour y assurer les négociations avec les parties et l'assistance humanitaire⁵⁹⁰. Parmi les trois propositions faites par Boutros Ghali, à savoir la transformation du caractère de la mission de maintien de la paix en une action coercitive avec un déploiement massif, la diminution de la capacité de la MINUAR en un effectif de 270 soldats et le retrait complet de la mission, le Conseil de sécurité retint la deuxième comme solution⁵⁹¹.

Pourtant les Etats membres non-permanents du Conseil de sécurité n'étaient pas au courant de l'alerte donnée par le Général Dallaire concernant le risque de génocide au Rwanda en janvier. C'est pourquoi d'ailleurs, ils adoptèrent la proposition de diminuer la capacité des forces. Le changement du mandat de la MINUAR passant du maintien de la paix à l'intervention humanitaire préventive ne pouvait pas se réaliser puisque les membres du Conseil de sécurité étaient en droit de faire appel au principe du respect de la souveraineté en raison de l'ambiguïté de la légalité du Chapitre VII pour une intervention humanitaire préventive⁵⁹². Alors que d'une part, selon la communauté internationale la situation au Rwanda n'était pas exceptionnelle comme en Somalie, d'autre part, suite à la débâcle américaine en Somalie, aucun Etat ne souhaitait jouer un rôle dans une telle opération préventive.

L'échec somalien, les risques que couraient les soldats américains et la politique intérieure américaine expliquent les hésitations ressenties par la communauté internationale, en particulier par les Etats-Unis. C'est d'ailleurs à la suite de la débâcle en Somalie que le président américain a adopté, le 3 mai 1994, la Directive présidentielle 25 citant les critères nécessaires pour une participation de son pays aux futures opérations onusiennes pour la consolidation de la paix. Selon ces critères, les Etats-Unis n'interviendraient que si leurs intérêts nationaux étaient concernés et que si leurs troupes étaient sous leur contrôle direct⁵⁹³. La guerre interethnique au Rwanda

⁵⁸⁹ Résolution S/RES/909 adopté par le Conseil de Sécurité à 3558 séance le 5 avril 1994, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/909\(1994\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/909(1994)), consulté le 30.07.2017

⁵⁹⁰ Résolution S/RES/912 adopté par le Conseil de Sécurité à 3368 séance le 21 avril 1994, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/912\(1994\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/912(1994)), consulté 30.07.2017

⁵⁹¹ Special Report of the Secretary General on UNAMIR, S/1994/470, 20 avril 1994, p.3-4

⁵⁹² Nicholas J. Wheeler, op. cit., p.218

⁵⁹³ <https://fas.org/irp/offdocs/pdd/pdd-25.pdf>, consulté le 30.07.2017

ne remplissait aucuns des critères de la Directive présidentielle 25. C'est pourquoi, le Conseil de sécurité a insisté pour la proclamation d'une déclaration présidentielle pour parvenir à un compromis entre d'une part, l'Espagne et l'Argentine qui taxaient les événements de génocide et d'autre part, la Chine, les Etats-Unis et la Grande-Bretagne qui portaient de fortes objections à l'utilisation du mot « génocide »⁵⁹⁴. Pour finir, la déclaration présidentielle en question, en date du 30 avril 1994, a affirmé que « l'élimination des membres d'un groupe ethnique avec l'intention de détruire ce groupe totalement ou partiellement constitue un crime qui tombe sous le coup du droit international ». Ainsi, il fera référence au concept de génocide sans réellement l'utiliser⁵⁹⁵.

La déclaration présidentielle était le résultat d'une couverture médiatique des violations des droits de l'homme au Rwanda et de la pression humanitaire exercée par les ONG sur place. Sous la pression sociale et politique, le Conseil de sécurité dût prendre les mesures nécessaires en se basant sur le rapport rédigé par le Secrétaire général. A cet égard, le Conseil de sécurité autorisa, le 17 mai 1994, par la Résolution 918 « un accroissement des effectifs de la MINUAR à concurrence de 5500 hommes »⁵⁹⁶. La Résolution 918 adoptée était plus limitée comparé au projet de résolution proposée le 6 mai 1994 par la Nouvelle-Zélande et qui « prévoyait une opération qui entreprendrait la tâche de protéger les civils en danger dans divers lieux à l'intérieur du Rwanda »⁵⁹⁷. D'ailleurs seules la Nouvelle-Zélande et la République Tchèque définirent les crimes au Rwanda de génocide. Bien que la Résolution 918 prévoyait un processus détaillé se basant sur les rapports du Secrétaire Général pour l'examen du déploiement de la MINUAR, le génocide au Rwanda exigeait une prise de décision plus rapide⁵⁹⁸. En raison du délai fixé pour le déploiement des forces, le Conseil de Sécurité a dû adopter une nouvelle résolution, à savoir la Résolution 925 qui expliquait en détail l'élargissement de la MINUAR y compris le déploiement de deux bataillons supplémentaires et la poursuite des préparatifs du déploiement de ces

⁵⁹⁴ Nicholas J. Wheeler, op. cit., p.226

⁵⁹⁵ Déclaration du président du Conseil de Sécurité, S/PRST/1994/21, 30 avril 1994, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/PRST/1994/21&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/statements/1994.shtml&Lang=E, consulté le 30 juillet 2017

⁵⁹⁶ Résolution 918 S/RES/918 adopté par le Conseil de Sécurité à 3377e séance le 17 mai 1994, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/918\(1994\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/918(1994)), consulté 30 juillet 2017

⁵⁹⁷ Document de l'ONU, S/PV.3377, le 16 mai 1994, p.12, http://dag.un.org/bitstream/handle/11176/45275/S_PV.3377-FR.pdf?sequence=4&isAllowed=y, consulté 23.12.2017

⁵⁹⁸ Nicholas J. Wheeler, op. cit., p.228

deux bataillons selon les phases proposées dans le rapport du Secrétaire générale⁵⁹⁹. Finalement, en juin 1994, la France a proposé de mener une intervention humanitaire multilatérale jusqu'au déploiement des forces additionnelles de la MINUAR.

La décision d'intervention humanitaire de la France fut soumise, le 21 juin 1994, à l'Assemblée Nationale française par le Premier Ministre de l'époque, Edouard Balladur. Pourtant, l'intervention humanitaire dépendait de cinq conditions, à savoir la résolution du Conseil de Sécurité, l'exécution des opérations humanitaires, le déploiement des forces au Zaïre, le contournement des affrontements avec le RPF, la limitation de l'opération à deux mois et finalement le transfert de l'autorité à la MINUAR⁶⁰⁰. La légitimation de l'intervention humanitaire a été assurée par l'adoption, le 22 juin 1994, de la Résolution 929. La Résolution garantissait juridiquement la légitimité de l'intervention. Cela dit, l'opinion publique et la communauté internationale ont remis en cause les motifs humanitaires de l'Opération Turquoise en raison des relations étroites de la France avec le Président Habyarimana et les Hutus. En effet, la France avait voté en faveur d'une diminution des forces de la MINUAR après la chute de l'avion transportant Habyarimana, à la veille du début du génocide. Menacée dans ses anciennes colonies par la présence des pays anglophones, le gouvernement français avait décidé, pour des raisons géopolitiques, d'intervenir pour démontrer sa puissance⁶⁰¹. D'ailleurs, avec l'interdiction, le 4 juillet, de l'entrée de la RFP dans la zone humanitaire sécurisée au sud-ouest du Rwanda, les débats concernant les priorités de la France pour des motifs humanitaires et stratégiques ont augmenté. Les généraux français refusèrent d'arrêter les coupables présumés de génocide. Au contraire, la France a eu recours à la zone humanitaire sécurisée pour y cacher les Hutus responsables de génocide⁶⁰². Cette attitude aura des effets directs sur les résultats de l'intervention humanitaire. La France commença à se retirer du Rwanda bien avant la date prévue du 21 août. La crise des réfugiés vers le Zaïre n'était plus maîtrisable, engendrant une épidémie de choléra.

L'Opération Turquoise a fait apparaître les risques que couraient les interventions unilatérales humanitaires et ce malgré les résolutions du Conseil de

⁵⁹⁹ Résolution 925 S/RES/925 adopté par le Conseil de Sécurité à 3388 séance le 8 juin 1994, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/925\(1994\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/925(1994)), consulté le 30 juillet 2017

⁶⁰⁰ Füsün Türkmen, *İnsan Haklarının Yeni Boyutu İnsancıl Müdahale...*, p.171-172

⁶⁰¹ Nicholas J. Wheeler, op. cit., p.233

⁶⁰² Ibid. p. 234

sécurité. En premier lieu, les hésitations politiques de la communauté internationale, particulièrement celles des Etats-Unis, ont empêché la prise d'une décision d'intervention humanitaire. Cette attitude de la communauté internationale pourrait aussi être expliquée par l'échec de l'ONU en Somalie. Il s'agirait d'un cercle vicieux. Les intérêts politiques nationaux, devançant les préoccupations humanitaires, avaient dominé le processus de la prise de décision d'intervention. Pourtant, ce furent justement ces mêmes intérêts politiques qui retardèrent la prise de décision stratégique, mettant en péril l'intervention humanitaire et la sécurité internationale, comme au Rwanda et en ex-Yougoslavie.

L'intervention en Bosnie-Herzégovine

Comme mentionné auparavant, la dislocation de la Yougoslavie a commencé en juin 1991 avec la proclamation d'indépendance des Slovènes et des Croates. Les Etats européens se sont chargés de la gestion diplomatique de ce processus. A la veille de sa visite dans la région, dans le cadre de la troïka ministérielle, Jacques Poos, président du Conseil de l'Union européenne déclara que « c'est l'heure de l'Europe, non pas l'heure de l'Amérique »⁶⁰³. A cet égard, Poos souligna qu'il était de la responsabilité de l'UE d'intervenir dans une crise en Europe qui mettrait en péril la stabilité de la région⁶⁰⁴. Pourtant, malgré l'enthousiasme de l'Union, les tentatives de la troïka ministérielle n'ont pas été suffisantes pour mettre fin aux combats et pour parvenir à un cessez-le-feu entre la Slovénie et la Croatie et les milices de l'Etat fédéral. Les limites mêmes de l'UE expliqueraient cet échec. Tout d'abord, les divisions entre les pays européens ont eu un effet direct sur l'incapacité de l'organisation régionale. En effet, alors que l'Allemagne, le Danemark et la Belgique soutenaient les proclamations d'indépendance en Yougoslavie, la France, l'Italie, le Royaume-Uni et l'Espagne y émettaient des réserves. Ensuite, il serait pertinent de remarquer qu'au cours des événements, les pays de la région ne s'étaient pas appuyés sur l'UE pour le rétablissement de la paix et de la sécurité. Les efforts fournis pour l'organisation à La Haye, le 27 août 1991, d'une conférence de paix pour un règlement pacifique de la crise sont restés vains⁶⁰⁵.

⁶⁰³ <http://www.nytimes.com/1991/06/29/world/conflict-in-yugoslavia-europeans-send-high-level-team.html>, consulté 23.10.2017

⁶⁰⁴ Pierre du Bois, "L'union européenne et le naufrage de la Yougoslavie (1991-1995)", *Relations Internationales*, No:104, Hiver 2000, p.472

⁶⁰⁵ Ibid., p.474-476

La Résolution 713, adoptée le 25 septembre 1991, marqua l'implication de l'ONU, acteur principal de la garantie de la paix et de la sécurité internationales, dans le conflit confrontant entre d'une part les Serbes de la République fédérale et d'autre part les Croates de Croatie⁶⁰⁶. La Résolution 713 préconisait un embargo sur les livraisons d'armement à l'ensemble de la Yougoslavie. Pourtant cet embargo a joué un rôle négatif sur le déroulement entier des conflits yougoslaves en raison de la supériorité militaire des Serbes comparée aux Croates et aux Bosniaques. Les différentes capacités de puissance ont d'ailleurs eu des effets directs sur le déroulement de la guerre jusqu'à la signature, en 1995, des accords de Dayton.

La reconnaissance dès janvier 1992 de l'indépendance des dites-Républiques sécessionnistes a certes été l'événement primordial qui intensifia les violations des droits de l'homme et la transformation du conflit en un nettoyage ethnique. L'ancien Garde des Sceaux, Robert Badinter fut nommé, en novembre 1991, par la Communauté européenne, Président d'une Commission d'Arbitrage, afin de mettre en œuvre les lignes directrices de la reconnaissance des nouveaux Etats. La Communauté européenne reconnut toutes les Républiques yougoslaves remplissant les conditions requises :

“-elles souhaitent être reconnues en tant qu'Etats indépendants ;

-elles acceptent les dispositions reprises dans le projet de la convention qui est à l'examen de la Conférence sur l'Ex-Yougoslavie, notamment des dispositions du Chapitre II sur les droits de l'homme et les droits de groupes ethniques et nationaux ;

-elles respectent les dispositions de l'Acte final d'Helsinki et de la Charte de l'ONU, les droits des minorités, la démocratie et l'Etat de droit »⁶⁰⁷.

Alors que la Commission reconnaissait le droit d'autodétermination des Etats de l'ex-Yougoslavie, les Serbes, résolus plus que jamais à créer la « Grande Serbie », ont eu recours à un nettoyage ethnique en Bosnie-Herzégovine.

Au lendemain de la déclaration de la Commission européenne en faveur de la reconnaissance de l'indépendance de la Croatie et de la Slovaquie, la Bosnie-Herzégovine organisa à son tour, les 29 février-1^{er} mars 1992, un référendum d'autodétermination. Avec un taux de participation de 64% de la population, 99,44%

⁶⁰⁶ Résolution 713 S/RES/713, adoptée par le Conseil de Sécurité à 3009^e séance le 19 septembre 1991, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/713\(1991\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/713(1991)), consulté 07 août 2017

⁶⁰⁷ Jean Salmon, “Reconnaissance d'Etats”, *Revue Belge du Droit International*, 1992/1, p.233

s'y sont proclamés en faveur de l'indépendance. Le boycott de la minorité serbe en Bosnie-Herzégovine explique le faible taux de participation électorale⁶⁰⁸. La Communauté européenne et les Etats-Unis ont reconnu, en avril 1992, l'indépendance de la Bosnie-Herzégovine déclarée le 6 mars 1992. A leur tour, les Serbes Bosniaques, dirigées par Karadzic et soutenues par la République serbe, déclarèrent, le 27 mars 1992, leur indépendance.

Les mesures militaro-humanitaires prises par le Conseil de Sécurité après les proclamations de l'indépendance s'étaient limitées à la Force de protection des Nations Unies (FORPRONU) d'abord déployée en Croatie par la Résolution 743 puis en Bosnie-Herzégovine par la Résolution 758 en date du 8 juin 1992. Les mandats de la FORPRONU dans les deux pays différaient l'un de l'autre. Alors que la Résolution 743 décrétait la création des conditions nécessaires pour l'établissement de la paix et de la sécurité en Croatie, la FORPRONU était chargée, en Bosnie, d'assurer le déploiement en toute sécurité de l'ordre humanitaire⁶⁰⁹. Autrement dit, le mandat de la FORPRONU en Bosnie était plus humanitaire que celui en Croatie qui s'appuyait sur le maintien de la paix. Pourtant, malgré l'existence de la FORPRONU en Bosnie-Herzégovine, à partir de l'été 1992, les attaques contre les civils bosniaques se sont perpétrées toute l'année.

La couverture médiatique de certains événements violents avec notamment les images d'un centre de détention serbe montrant le sort réservé aux prisonniers musulmans en août 1992 a obligé le Conseil de sécurité à prendre des mesures additionnelles comme celles dans la Résolution 770, en date du 13 août 1992⁶¹⁰. En acceptant « l'indispensabilité de trouver d'urgence une solution politique négociée pour remédier à la situation dans la République de Bosnie-Herzégovine » le Conseil de sécurité a incité les Etats à prendre toutes les mesures nécessaires pour faciliter l'acheminement de l'assistance humanitaire à Sarajevo et dans d'autres parties du pays

⁶⁰⁸ Christopher Cviic, *An Awful Warning: The War in Ex-Yougoslavie*: Centre for Policy Studies, Policy Study 1994, No:139, p.32

⁶⁰⁹ Résolution 743 S/RES/743 adoptée par le Conseil de Sécurité à 3049^e séance le 21 février 1992, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/743\(1992\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/743(1992)), consulté le 15.08.2017, Résolution 758 S/RES/758 adoptée par le Conseil de Sécurité à 3083^e séance le 8 juin 1992, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/758\(1992\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/758(1992)), consulté le 15.08.2017

⁶¹⁰ Nicholas J. Wheeler, op. cit., p.251

dans le cadre des organisations et des 'arrangements régionaux en coordination avec l'ONU en vertu du Chapitre VII⁶¹¹.

Malgré l'existence de la FORPRONU, l'aide humanitaire déployée en Bosnie-Herzégovine s'est avérée insuffisante pour remédier à la souffrance des populations en raison de la brutalité des massacres perpétrés simultanément⁶¹². Dans cette perspective, afin d'y trouver une solution, le Président Clinton a encouragé, pendant sa campagne électorale, la communauté internationale à lever l'embargo sur les armes contre le gouvernement bosniaque et à recourir à la force aérienne de l'OTAN pour mettre fin au nettoyage ethnique. Pourtant, les puissances européennes, y compris la France et le Royaume-Uni, soucieux de garantir, sur le terrain, la sécurité de leurs personnels militaires et humanitaires, étaient contre les bombardements aériens. S'opposant, dès le début, au déploiement des troupes terrestres, en raison de la réaction probable de l'opinion publique contre une intervention dans une guerre civile dans les territoires d'un pays tiers, l'administration Clinton proposa le retrait de la FORPRONU⁶¹³. Les Etats sont parvenus à un compromis pour créer des zones de sécurité autour des villes de Sarajevo, Gorazde, Bihac, Tuzla, Srebrenica et Zepa par les Résolutions de 819⁶¹⁴ et 824⁶¹⁵ en avril 1993. Un compromis a été possible en raison des attaques serbes, en mars et en avril 1993, dans les villes où la population musulmane était majoritaire comme Srebrenica, Zepa et Gorazde⁶¹⁶. Pourtant la solution des zones de sécurité, sans action coercitive, n'a pas été suffisante pour mettre fin aux attaques perpétrées contre les civils.

Avec la Résolution 836, adoptée par le Conseil de sécurité, le 4 juin 1993, la FORPRONU s'engagea à défendre les zones de sécurité. Ainsi, le mandat de la FORPRONU s'élargit pour « dissuader les attaques contre les zones de sécurité, de contrôler le cessez-le-feu, de favoriser les unités militaires ou paramilitaires ne relevant pas du gouvernement de la république de Bosnie-Herzégovine ». En deuxième

⁶¹¹ Résolution 770 S/RES/770 adoptée par le Conseil de Sécurité à 3106 séance le 13 août 1992, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/770\(1992\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/770(1992)), consulté le 15.08.2017

⁶¹² Thierry Tardy, "L'ONU et la gestion des conflits yougoslaves (1991-1995): faillite d'une institution, faillite des Etats?", *Relations Internationales* 2006/4, No:128, p.41-42

⁶¹³ Nicholas J. Wheeler, op. cit., p.252

⁶¹⁴ Résolution 819 S/RES/819 adoptée par le Conseil de Sécurité à 3199e séance, le 16 avril 1993, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/819\(1993\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/819(1993)), consulté le 30.08.2017

⁶¹⁵ Résolution 824 S/RES/824 adoptée par le Conseil de Sécurité à 3208e séance, le 6 mai 1993, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/824\(1993\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/824(1993)), consulté le 30.08.2017

⁶¹⁶ Mats R. Berdal, "The Security Council, Peacekeeping and Internal Conflict after the Cold War", *Duke Journal of Comparative International Law*, 7/1, 1996, p.79

lieu, elle autorisa la FORPRONU à prendre les mesures nécessaires comme « le recours à la force, la riposte à des bombardements par toute partie contre les zones de sécurité, les incursions armées en cas de menaces à la liberté de circulation de la FORPRONU ou des convois protégés »⁶¹⁷. Cependant, malgré l'insuffisance de 30000 militaires, l'ONU ne déploya, sur place, que 3500 soldats. Dans cette perspective, il ne serait pas erroné de qualifier de caduc, dès le début, la garantie des zones de sécurité⁶¹⁸.

Aucune des mesures militaro-humanitaires prises, jusqu'à la fin de 1993, dans le cadre du Conseil de Sécurité, par les résolutions, n'aboutit au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales. Finalement, à la suite d'une attaque perpétrée, le 5 février 1994, à un marché à Sarajevo, l'OTAN qui décida de garantir la protection de la FORPRONU dans les zones de sécurité, assumait, en vertu de la Résolution 836, la responsabilité des bombardements aériens. Les bombardements aériens de l'OTAN continuèrent, en 1994, de nuire à la machine de guerre des Serbes en Bosnie⁶¹⁹. En l'absence des forces terrestres, ces attaques aériennes ont eu, à l'époque, un effet limité sur la brutalité des massacres perpétrés contre les civils bosniaques. L'attaque, en juillet 1995, des zones de sécurité, y compris de Zepa, de Bihac et de Srebrenica, organisée par l'Armée de la République serbe de Bosnie, sous le commandement du Général Ratko Mladic et la défaite dans les zones de sécurité, particulièrement à Srebrenica entraînant la mort de 7414 musulmans bosniaques, ont révélé l'incapacité de l'ONU⁶²⁰. Tandis que le monde a été témoin, en 1995, du plus grand massacre en Europe depuis la Seconde Guerre Mondiale, l'OTAN intensifia les bombardements aériens et les Croates reprirent des Serbes, la région de Krajina. C'est dans cette atmosphère que les dialogues pour une diplomatie de paix, sous la direction de l'Ambassadeur Richard Holbrooke, ont repris, aboutissant, le 21 novembre 1995, à la signature des accords de paix de Dayton. Nous aborderons, dans le dernier chapitre, en détail, les tentatives diplomatiques et le processus de paix des accords de Dayton.

Les critiques émises sur les trois interventions humanitaires, à savoir celles en Somalie, au Rwanda et en ex-Yougoslavie, se sont intensifiées pour des raisons

⁶¹⁷ La Résolution 836 S/RES/836 adoptée par le Conseil de Sécurité à 3228 séance, le 4 juin 1993, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/836\(1993\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/836(1993)), consulté le 30.08.2017

⁶¹⁸ Mats R. Berdal, op. cit., p.82

⁶¹⁹ Nicholas J. Wheeler, op. cit., p.255

⁶²⁰ Richard Holbrooke, *Bir Savaş Bitirmek*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1998, İstanbul, p.95-97

politiques, institutionnelles et doctrinales. Tardy les justifie par les politiques étatiques, la structure de l'ONU et le concept du maintien de la paix.

Selon Tardy, l'ONU est un acteur semi-autonome en raison de son caractère intergouvernemental. Les politiques des Etats membres étant les principaux déterminants du processus de décision de l'ONU, les hésitations des Etats membres, et particulièrement des cinq membres permanents, auraient retardé les interventions humanitaires. A titre indicatif, il serait pertinent de remarquer que par exemple, au Rwanda, l'Opération Turquoise n'avait commencé qu'après le génocide rwandais. De même, bien que les bombardements aériens aient commencé avant Srebrenica, ils ne se sont intensifiés qu'à la suite de cette débâcle. Les ambiguïtés visibles dans les résolutions concernant le recours à la force expliqueraient les dites-hésitations des Etats, comme ce fut le cas avec la Résolution 836, base légale des bombardements de l'OTAN et qui envisageait la responsabilité de dissuader les attaques contre les zones de sécurité. Autrement dit, la décision du déploiement des forces a été appliquée de façon tardive ou incomplète comme ce fut le cas au Rwanda avec la Résolution 925, adoptée le 8 juin 1994, en raison du délai dans le déploiement des forces prévues par la Résolution 918 en date du 17 mai 1994⁶²¹.

Quant aux raisons institutionnelles, la structure de l'ONU et plus particulièrement le DOMP n'était pas disposé à gérer des interventions humanitaires aussi complexes que celles dans les trois pays. L'intervention humanitaire dans une guerre civile exige des stratégies multidimensionnelles visant le rétablissement de la paix et de la sécurité internationales à trois niveaux ; socio-culturel, politique et militaire. Entre les années 1988 et 1994, parmi les 21 interventions de maintien de la paix observées, seules huit étaient du ressort des guerres interétatiques, les 13 opérations restantes consistant en une intervention dans un conflit interne⁶²². De plus, particulièrement en ex-Yougoslavie, la relation entre l'ONU et l'OTAN a provoqué des problèmes opérationnels qui étaient directement liés aux ambiguïtés de leurs mandats respectifs. Les forces de l'ONU n'étant expérimentées qu'à intervenir dans les guerres classiques se déroulant entre les armées nationales, la formation des Casques Bleus était restée inadéquate à la résolution d'un conflit interne⁶²³. Par

⁶²¹ Thierry Tardy, op. cit., p.43-44

⁶²² *Supplément à l'Agenda pour la paix*, S/1995/1, 25 janvier 1995, p.3

⁶²³ Micheal N. Barnett et Martha Finnemore, "The Politics, Power and Pathologies of International Organizations", *International Organization*, Vol.53, No.4 (Autumn,1999), p.720

ailleurs, les Casques Bleus établis dans une région étaient transférés directement à une autre région en crise sans prendre en considération les particularités de la région et du conflit en question. A titre indicatif, les forces situées au Cambodge furent directement transférées aux opérations en Somalie ou en Bosnie-Herzégovine. Dans cet exemple précis, le principe d'impartialité et de non-recours à la force qui ne posaient pas de problème au Cambodge a pourtant affecté directement les zones de sécurité en Bosnie conduisant au désastre⁶²⁴.

Comme mentionné au début de ce chapitre, l'intervention humanitaire s'est transformée dans le cadre des guerres internes à partir de la Guerre Froide. Cette transformation se réalisa selon les développements conjoncturels de l'époque, autrement dit les tentatives de codification des règles d'intervention humanitaire coïncidant avec les dispositions de la Charte de l'ONU tels que le consentement des parties, le non-recours à la force, l'impartialité ou encore la non-ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat. L'absence de théorisation concernant les concepts a provoqué des opérations improvisées en vertu des mandats des forces de l'ONU. Les mandats sont interprétés par les Etats selon leurs intérêts politiques internes y compris l'opinion publique interne et l'opinion politique interne. Comme nous l'avons déjà mentionné auparavant, le massacre des soldats américains en Somalie a provoqué les hésitations des Etats-Unis concernant l'opinion interne sur les futures opérations à l'étranger. Ces hésitations ont ralenti la prise de décisions en faveur d'une intervention militaire au Rwanda ou en ex-Yougoslavie.

Les raisons politiques, institutionnelles et doctrinales derrière l'échec des interventions humanitaires ont montré les lacunes de l'ONU dans les missions de maintien de la paix pendant les guerres civiles. Notons que toutes les interventions ont été initiées par un Etat, comme ce fut le cas au Rwanda avec l'Opération Turquoise dirigée par la France ou encore l'exemple des Etats-Unis qui ont initié les bombardements aériens de l'OTAN. L'ONU n'a servi que de paravent pour légaliser les opérations militaires qui, en réalité, ont été exécutées par les organisations régionales comme l'OTAN ou les coalitions ad-hoc comme en Somalie⁶²⁵. Cette inertie onusienne durant une opération militaire humanitaire en cours a aussi continué, en 1999, pendant la guerre du Kosovo orchestrée par l'OTAN. Par ailleurs, les

⁶²⁴ Ibid., p.721

⁶²⁵ Thierry Tardy, op. cit., p.50

expériences passées de l'ONU en Bosnie n'ont pas pu empêcher les violations futures des droits de l'homme pendant la guerre du Kosovo. Même l'intervention humanitaire en Bosnie-Herzégovine et les dispositions de l'accord de paix de Dayton n'eurent d'effet dissuasif sur la Serbie et ce malgré l'essor du droit d'ingérence au sein du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

Après l'intervention humanitaire de 1999, au Kosovo, il s'est avéré nécessaire d'analyser les échecs de l'ONU dans le cadre opérationnel et doctrinal. Jusqu'en 1999, aucun travail doctrinal n'avait été préparé par l'ONU. Avec l'initiative de Kofi Annan qui fut nommé Secrétaire général en 1996, un travail d'analyse a été lancé pour définir le rôle de l'ONU dans les interventions humanitaires et particulièrement concernant les échecs au Rwanda et à Srebrenica. « La chute de Srebrenica » et le Rapport d'enquête sur les actions de l'ONU lors du génocide de 1994 au Rwanda ont été présentés, en 1999, suite à ce travail d'analyse. Le Secrétaire Général a présenté, dans son rapport, la liste des événements historiques conduisant à la chute de Srebrenica en établissant les responsabilités de toutes les parties dans la guerre y compris de la FORPRONU, des forces bosniennes sur le terrain, de la force aérienne, du Conseil de Sécurité et des Etats membres. Il y a aussi souligné les lacunes présentes dans la conception des zones de sécurité, leur démilitarisation incomplète faisant d'elles la cible des attaques serbes, les ambiguïtés dans les objectifs de la guerre et finalement le mandat de la FORPRONU qui ne comportait pas le recours à la force jusqu'en août et septembre 1995⁶²⁶. Le rapport sur le Rwanda a raisonné d'un manque de volonté politique au sein des Etats membres, de l'application, face au génocide, des principes de la neutralité et de l'impartialité, de l'absence de la protection des civils et de la nécessité d'une stratégie globale pour répondre aux différentes formes de conflits. De plus, le Secrétaire général a fait référence au rôle de l'ONU dans la réconciliation et la reconstruction nationale du Rwanda en faisant référence au processus de la justice pénale⁶²⁷.

La communauté internationale a initié la mise en place de travaux conceptuels allant au-delà des lacunes concernant les interventions humanitaires en pratique. En outre, les échecs au début des années 1990 des interventions humanitaires ont mis en

⁶²⁶ Rapport présenté par le Secrétaire général, *La chute de Srebrenica*, A/54/549, le 15 novembre 1999, p.112-117

⁶²⁷ Rapport de la commission indépendante de l'enquête sur les actions de l'ONU lors du génocide de 1994 au Rwanda, S/1999/1257, le 15 décembre 1999, p.55-56

évidence l'obligation de conceptualiser le droit d'ingérence dans le cadre de l'intervention humanitaire. D'ailleurs, le Secrétaire général Kofi Annan a critiqué directement les échecs du Conseil de sécurité au Rwanda et à Srebrenica en rappelant les hésitations des Etats membres face aux violations des droits de l'homme⁶²⁸. Il a souligné l'obligation d'agir de la communauté internationale en émettant une question hypothétique: « Si l'intervention humanitaire constitue en fait une attaque inacceptable sur la souveraineté, comment devons-nous réagir face à un nouveau Rwanda, à un nouveau Srebrenica, à une violation flagrante et systématique des droits de l'homme qui porte atteinte à tous les préceptes de notre humanité commune? »⁶²⁹.

L'opération de l'OTAN au Kosovo a intensifié les débats sur le rôle du Conseil de sécurité concernant le processus de la prise de décision de l'intervention humanitaire. Un rapport préparé par la Commission internationale interdépendante sur le Kosovo et dirigé par Richard Goldstone et par Carl Tham a même traité spécifiquement de la légalité et de la légitimité de l'intervention humanitaire, exécutée par l'OTAN, en novembre 1999, au Kosovo⁶³⁰. Ils ont fini par déclarer l'opération « illégale mais légitime ». L'illégalité a été expliquée par l'absence de la résolution du Conseil de Sécurité, et le rapport a fondé la légitimité de l'intervention sur l'épuisement des voies diplomatiques et la présence de graves menaces et violations des droits de l'homme⁶³¹. La Commission a recommandé à l'Assemblée générale l'adoption d'un cadre de principes à utiliser dans le processus de la prise de décision de l'intervention humanitaire pour éviter les futurs débats sur la légalité et la légitimité⁶³².

La Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des Etats (CIISE), instituée par le gouvernement canadien, a préparé, en décembre 2001, un rapport sur « la responsabilité de protéger » à la demande du Secrétariat général de l'ONU. Le concept de la « responsabilité de protéger » est apparu pour la première fois dans ce rapport. La Commission a entrepris d'expliquer la mission des Etats face aux violations des droits de l'homme dans un Etat tiers. Autrement dit, elle a concilié

⁶²⁸ Gareth Evans, "From Humanitarian Intervention to the Responsibility to Protect", *Winconsin International Law Journal*, Vol. 24, No.3, p.707

⁶²⁹ <http://www.un.org/fr/preventgenocide/rwanda/pdf/responsability.pdf>, consulté le 09.09.2017

⁶³⁰ Gareth Evans, op. cit., p. 707

⁶³¹ The Independent International Commission on Kosovo, *The Kosovo Report: Conflict, International Response, Lessons Learned*, 2000, Oxford University Press, p.289

⁶³² Ibid., p.10

deux principes, celui de la protection des droits de l'homme et celui de la souveraineté nationale⁶³³.

Au lendemain de la Guerre Froide, la conceptualisation du droit d'ingérence en tant que responsabilité de protéger a mis l'accent sur le caractère collectif des interventions humanitaires. Même si les opérations n'étaient pas administrées par les Nations Unies, les organisations régionales ou les différentes coalitions entre les pays y ont joué un rôle important.

Selon Evans, le dit-rapport a, avant tout, contribué au changement de la perception du concept de la souveraineté nationale. En effet, le principe du respect de la souveraineté nationale et celui de la non-ingérence dans les affaires intérieures d'un Etat constituaient la base des hésitations des Etats pour une intervention humanitaire. Pourtant, le rapport souligne que la souveraineté incombe aux Etats autant de responsabilités que de droits comme suit :

« A. La souveraineté des États implique une responsabilité, et c'est à l'État lui-même qu'incombe, au premier chef, la responsabilité de protéger son peuple.

B. Quand une population souffre gravement des conséquences d'une guerre civile, d'une insurrection, de la répression exercée par l'État ou de l'échec de ses politiques, et lorsque l'État en question n'est pas disposé ou apte à mettre un terme à ces souffrances ou à les éviter, la responsabilité internationale de protéger prend le pas sur le principe de non-intervention »⁶³⁴.

Deuxièmement, Evans a souligné le caractère multidimensionnel du concept de la responsabilité de protéger par rapport à l'intervention militaire. Les responsabilités de prévenir, de réagir et de reconstruire se situaient dans le contenu du concept⁶³⁵. Le processus de justice transitionnelle comportant les instruments judiciaires et non-judiciaires pouvait être compté parmi les responsabilités de réagir et de reconstruire de la communauté internationale. Alors que d'une part, les tribunaux pénaux internationaux étaient considérés, dans le cadre des responsabilités de réagir, comme des instruments de la communauté internationale, les efforts fournis par le biais des instruments restaurateurs visaient à établir la réconciliation nationale.

⁶³³ Agnès Gautier-Audebert, "La responsabilité de protéger: une obligation collective en quête d'application par la communauté internationale", *Revue Ubuntu*, No:1, 2013, p.51

⁶³⁴ Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des Etats(CIISE), *La responsabilité de protéger*, Décembre 2001, p.XI

⁶³⁵ Ibid., p.18

Enfin, le rapport détermine les critères de légitimité et de légalité nécessaires pour une intervention humanitaire. La juste cause, la bonne intention, le dernier recours, la proportionnalité des moyens et les perspectives raisonnables sont autant de critères pour justifier de la légitimité d'une intervention. Seul le critère de la légalité d'une intervention humanitaire serait déterminé comme une résolution du Conseil de sécurité. Pourtant, pendant la guerre du Kosovo, le veto russe au Conseil de sécurité a entraîné l'intervention de l'OTAN pour secourir aux pertes considérables en vie humaine et empêcher un nouveau génocide⁶³⁶. Les problèmes découlant du système onusien comme celui du droit de veto des membres permanents du Conseil de sécurité ont eu des effets directs sur le processus de la prise de décision au sein de l'ONU.

La communauté internationale a officialisé le concept pris en main dans rapport de la CIISE et intitulé « la responsabilité de protéger »⁶³⁷. En décembre 2004 le Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement a inclus, dans son rapport, le dit-concept au nom de la responsabilité internationale collective. Tout comme le rapport de la CISSE, il a affirmé les critères de légitimité et de légalité d'une intervention humanitaire y compris la gravité de la menace, la légitimité du motif, le dernier ressort, le caractère proportionné des moyens et la mise en place des conséquences⁶³⁸.

Cette nouvelle terminologie du droit d'ingérence a été acceptée par tous les Etats membres de l'ONU, au Sommet mondial de l'ONU, en septembre 2005. La communauté internationale a reconnu son devoir de protection comme suit :

« Tous les gouvernements admettent clairement et sans ambiguïté le devoir collectif de la communauté internationale de protéger les populations contre le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité. Ils sont disposés à mener à cette fin, en temps voulu, une action collective résolue, par l'entremise du Conseil de sécurité, lorsque les moyens pacifiques se révèlent inadéquats et que les autorités nationales n'assurent manifestement pas cette protection »⁶³⁹.

L'approbation, par la communauté internationale, du concept de la responsabilité de protéger pourrait être expliquée par la collectivisation de la protection des droits de

⁶³⁶ Gareth Evans, op. cit., p. 710-712

⁶³⁷ Agnès Gautier-Audebert, op. cit., p.51

⁶³⁸ Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, A/59/565, 2 décembre 2004, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/602/32/PDF/N0460232.pdf?OpenElement>, consulté le 03.9.2017

⁶³⁹ Document final du Sommet mondial de 2005, http://www.un.org/french/ga/president/60/summitoutcome_fr.pdf, consulté le 03.09.2017

l'Homme en cas de violations massives de ceux-ci. Le droit d'intervention a poussé la communauté internationale à une recherche de légitimité à travers les textes internationaux. Cette recherche donna lieu à des débats sur le principe de non-intervention, le respect de la souveraineté nationale ou encore l'interdiction du recours à la force. Autrement dit, le changement de terminologie a contribué au changement des perceptions concernant l'intervention humanitaire⁶⁴⁰.

Le Secrétaire général de l'ONU a créé, dans son rapport en date du 12 janvier 2009, le cadre général du concept de la responsabilité de protéger. Ce cadre général qui se fonde sur trois piliers montre le caractère multidimensionnel des opérations humanitaires comme suit :

- “1. L'Etat porte la responsabilité première de protéger les populations du génocide, des crimes contre l'humanité et du nettoyage ethnique, ainsi que de l'incitation à ces crimes;
2. La communauté internationale a la responsabilité d'encourager et aider les Etats à s'acquitter de cette responsabilité;
3. La communauté internationale a la responsabilité d'utiliser les moyens diplomatiques, humanitaires et autres appropriés pour protéger la population de ces crimes. Si un Etat échoue manifestement à protéger sa population, la communauté internationale doit être prête à prendre des mesures collectives pour protéger cette population, conformément à la Charte de l'ONU⁶⁴¹”

Les tribunaux pénaux ad-hoc peuvent aussi être analysés dans le cadre d'autres moyens pour l'établissement des responsabilités pénales individuelles.

A partir de 2009, le Secrétaire général a commencé à préparer chaque année des rapports réguliers sur le concept de la responsabilité de protéger en prenant en compte les développements conjoncturels. Le Secrétaire général de l'ONU, M. Ban Ki-Moon, a créé, le 21 février 2008, le poste de Conseiller spécial sur la responsabilité de protéger et celui de Conseiller spécial pour la prévention du génocide au sein du Bureau conjoint pour la prévention des génocides et la responsabilité de protéger⁶⁴².

⁶⁴⁰ 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, no.1, p.13

⁶⁴¹ Rapport du Secrétaire Général sur la mise en œuvre de responsabilité de protéger, A/63/677, le 12 janvier 2009, http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/63/677, consulté le 05.09.2017

⁶⁴² Communiqué de presse de l'ONU, 07.04.2009

Le Secrétaire général a traité, dans son rapport de 2010, de l'importance de l'action rapide dans le cadre de la responsabilité de protéger. Ainsi, les recommandations du rapport comportaient les solutions nécessaires pour l'amélioration de la capacité de l'ONU en matière d'alertes rapides⁶⁴³. Dans son rapport de 2011, il était question du rôle des accords régionaux et sous régionaux pour la mise en œuvre de la responsabilité de protéger. Un rapport distinct a été nécessaire parce que les opérations de la responsabilité de protéger nécessitaient d'une part, la collaboration avec les pays de la région en crise et d'autre part, la participation active des organisations régionales qui assureraient les responsabilités de l'ONU en matière de l'établissement de la paix et de la sécurité internationales⁶⁴⁴. Le rapport de 2012, quant à lui, tout en soulignant les lacunes de l'ONU dans les opérations de prévention des crimes de guerre, des crimes de génocide, des crimes contre l'humanité, a montré l'importance d'une stratégie systématique et uniforme pour éviter les critiques de sélectivité⁶⁴⁵. Alors que dans le rapport de 2013, le Secrétaire général a pris en main « les causes sous-jacentes et la dynamique des crimes et des violations et les mesures structurelles et opérationnelles que les Etats peuvent prendre pour empêcher la commission d'atrocités criminelles »⁶⁴⁶, dans le rapport de 2014, il était question d'identifier les acteurs qui contribueraient à guider les efforts déployés pour aider les Etats à s'acquitter de leur responsabilité de protéger dans le cadre du deuxième pilier de l'encouragement, du renforcement des capacités et de l'aide à la protection⁶⁴⁷. Le rapport 2015 a fait le bilan des dix années du concept de la responsabilité de protéger, remontant jusqu'au sommet mondial de 2005. La performance de l'ONU concernant le concept de la responsabilité de protéger en analysant les différentes situations dans

⁶⁴³ Rapport du Secrétaire générale sur alerte rapide, évaluation et responsabilité de protéger, A/64/864, le 14 juillet 2010, http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/64/864, consulté le 05.09.2017

⁶⁴⁴ Rapport du Secrétaire général sur le rôle des accords régionaux et sous régionaux dans la mise en œuvre de la responsabilité de protéger, A/65/877-S/2011/393, le 28 juin 2011, http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/65/877, consulté le 11.09.2017

⁶⁴⁵ Rapport du Secrétaire général sur la responsabilité de protéger, réagir de manière prompt et décisive, A/66/874-S/2012/578, le 25 juillet 2012, http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/66/874, consulté le 11.09.2017

⁶⁴⁶ Rapport du Secrétaire général sur la responsabilité de protéger: responsabilité des Etats et prévention, A/67/929-S/2013/399, http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/2013/399, consulté le 13.09.2017

⁶⁴⁷ Rapport du Secrétaire général sur nous acquitter de notre responsabilité collective: assistance internationale et responsabilité de protéger, A/68/947-S/2014/449, le 11 juillet 2014, http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/2014/449, consulté le 13.09.2017

les régions diverses du monde comme en Côte d'Ivoire, au Kenya, en Syrie ou encore en République centrafricaine y était à la fois expliquée et critiquée⁶⁴⁸.

Le rapport final du mandat de Ban Ki Moon, publié en 2016, portait sur l'évolution de la période du Secrétaire général sortant. Il analysait les recommandations faites pour surpasser les obstacles devant la mise en œuvre d'une action collective et les propositions de moyens afin de les éviter. Il a aussi mis l'accent sur les risques courus en cas d'inaction de la part de la communauté internationale, à savoir la prolongation des crises, l'augmentation du nombre de morts, la poursuite des déplacements en masse, l'aggravation de l'instabilité régionale, l'affaiblissement de l'autorité souveraine et la perte de confiance envers l'ONU ou envers les organisations régionales comme ce fut le cas en Syrie⁶⁴⁹.

Le Conseil de sécurité a utilisé pour la première fois de manière explicite, en avril 2006, le concept de la responsabilité de protéger, dans sa Résolution 1674 sur la protection des civils en période de conflit armé en se référant au Document final du Sommet mondial de 2005⁶⁵⁰. Cette résolution est, par la suite, devenue, en août 2006, dans la Résolution 1706, une source de référence qui autorisa le déploiement des forces à Darfour, au Soudan. Le Conseil de sécurité a mis en avant le concept de la responsabilité de protéger dans ses Résolutions concernant les régions de crise comme ce fut le cas en Libye (S/RES/1973, le 17 mars 2011) ou encore en Côte d'Ivoire (S/RES/1975, le 30 mars 2011).

Malgré les efforts fournis par l'ONU pour l'établissement de la doctrine de la responsabilité de protéger à travers les textes onusiens et les diverses résolutions, des problèmes concernant sa mise en pratique perdurent encore dans les relations internationales. Parmi les dits-problèmes figurent la sélectivité dans les opérations militaires, l'usage du droit de veto en raison de principes politiques et de relations clientélistes par les Etats membres de l'ONU.

⁶⁴⁸ Rapport du Secrétaire général sur un engagement essentiel et constant: mise en œuvre de la responsabilité de protéger, A/69/981-S/2015/500, le 13 juillet 2015, http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/2015/500, consulté le 13.09.2017

⁶⁴⁹ Rapport du Secrétaire général sur la responsabilité de protéger au cours de 10 prochaines années: mettre en œuvre l'action collective, A/70/999-S/2016/620, http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/2016/620, consulté le 11.09.2017

⁶⁵⁰ Résolution 1674 S/RES/1674 adoptée le Conseil de Sécurité à 5430^e séance, 28 avril 2006, p.2, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1674%20\(2006\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1674%20(2006)), consulté 15.09.2017

L'instrument de l'intervention humanitaire, dans le cadre de la responsabilité de protéger, est utilisé par le Conseil de sécurité rendant ce dernier législateur dans le domaine de la prévention des violations des droits de l'homme et du droit humanitaire. Dans les textes officialisant la responsabilité de protéger, le Conseil de sécurité apparaît comme le seul organe en droit de légaliser les interventions humanitaires. En plus de la création du droit par le biais des interventions humanitaires, parmi les responsabilités du Conseil de sécurité figure le droit d'ingérence dans le domaine judiciaire par la création de tribunaux pénaux internationaux ad-hoc. Le droit de New York repose sur deux instruments de l'ONU, à savoir l'intervention humanitaire et les tribunaux pénaux internationaux ad-hoc créés dans le cadre du droit humanitaire moderne pour s'adapter aux développements conjoncturels dans les relations internationales.

La Création des Tribunaux Pénaux Ad-hoc

La création des tribunaux pénaux ad-hoc est acceptée comme une application moderne du droit international humanitaire afin d'établir la responsabilité pénale individuelle en cas de violations des droits de l'homme et du droit international humanitaire⁶⁵¹. En d'autres termes, les dits-tribunaux deviennent des instruments contemporains du droit international humanitaire moderne ainsi que des interventions humanitaires. Le TPIY et le TPIR ont été établis respectivement en vertu de la Résolution 827, le 25 mai 1993 et de la Résolution 955, le 8 novembre 1994. Selon Schabas, le Conseil de sécurité, tel un gouvernement mondial, a décidé, en 1993, d'intervenir judiciairement au conflit en ex-Yougoslavie pour pouvoir appliquer les sanctions nécessaires face aux atrocités commises contre les civils. Ainsi, ce conflit au départ interne s'est transformé en une guerre internationale après les proclamations d'indépendance⁶⁵². Theodor Meron, président du mécanisme international résiduel pour les tribunaux pénaux et ancien président du TPIY (2003-2005, 2011-2015) définit

⁶⁵¹James C. O'Brien, "The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia", *The American Journal of International Law*, Vol.87, No.4(Oct.1993), p.658

⁶⁵²William A. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge University Press, 2006, New York, p.7

le TPIY en tant que premier véritable tribunal pénal international créé pour la poursuite des personnes responsables de violations graves du droit international humanitaire⁶⁵³.

L'idée de la création d'un tribunal pénal international ad-hoc n'existe pas depuis peu. Après l'occupation du Koweït par l'Iraq, le Président des Etats-Unis George H.W. Bush et le Premier Ministre anglais Margaret Thatcher avaient proposé l'établissement d'un tribunal pour les crimes d'agression et de prises d'otages. Bien que le Pentagone ait par la suite préparé un rapport des crimes commis par l'Iraq, après la victoire des Etats-Unis durant la guerre de Golfe, l'idée d'un tribunal pour l'Iraq n'a pas été révoquée à nouveau⁶⁵⁴. Cela a au moins permis à la communauté internationale d'exprimer le besoin de la création d'un tribunal international pénal face aux violations des droits de l'homme et du droit humanitaire.

Le Conseil de sécurité a évalué les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire en ex-Yougoslavie et au Rwanda dans le cadre des menaces contre la paix, d'une rupture de la paix et des actes d'agression. Ainsi, il a décidé de la création des deux tribunaux pénaux ad-hoc en vertu du Chapitre VII de la Charte de l'ONU pour maintenir et rétablir la paix et la sécurité internationales. Les Etats membres de l'ONU accordent la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales au Conseil de sécurité par l'Article 24 du Chapitre V de la Charte comme suit :

« Afin d'assurer l'action rapide et efficace de l'Organisation, ses Membres confèrent au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales et reconnaissent qu'en s'acquittant des devoirs que lui impose cette responsabilité le Conseil de sécurité agit en leur nom.

Dans l'accomplissement de ces devoirs, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations Unies. Les pouvoirs spécifiques accordés au Conseil de sécurité pour lui permettre d'accomplir lesdits devoirs sont définis aux Chapitres VI, VII, VIII et XII »⁶⁵⁵.

Il est certain que le cheminement de la création des tribunaux pénaux internationaux n'a pas été évident. La trajectoire de la création du TPIY sera prise en main dans cette section puisque la création du Tribunal pénal international pour le

⁶⁵³ Theodor Meron, "War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law", *American Journal of International Law*, No.88(1994), p.78

⁶⁵⁴ William A. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals the Former Yugoslavia, Rwanda et Sierra Leone...*, p.12

⁶⁵⁵ Article 24 de la Charte de l'ONU, <http://www.un.org/fr/sections/un-charter/chapter-v/index.html>, consulté le 15 juin 2017

Rwanda a été développée sous la section des instruments judiciaires de la justice transitionnelle.

L'appel à la création d'un tribunal international pour juger des crimes contre la paix et contre l'humanité en Yougoslavie a été invoqué pour la première fois par Mirko Klarin dans son article intitulé « Nuremberg Now » et publié dans le journal Borba, à Belgrade, le 16 mai 1991 et ce bien avant l'intensification du conflit. Il y a souligné l'importance du timing et l'urgence de prendre des mesures « Non pas lorsque 'tout sera fini', mais en lieu et place de ce qui pourrait bientôt nous arriver. Précisément en raison des événements passés et de ceux qui se déroulent actuellement, dont on pourrait aisément démontrer le caractère punissable sur la base du jugement de Nuremberg et d'autres textes juridiques applicables ici au même titre que dans le reste du monde »⁶⁵⁶. Cet appel pour un tribunal similaire à celui de Nuremberg a été renouvelé, le 13 novembre 1991, par Norman Stone, professeur d'histoire, au journal *The Guardian*⁶⁵⁷.

L'idée d'un tribunal pénal international fut transmise aux dirigeants des grandes puissances au printemps 1992 par l'intermédiaire de Robert Badinter, ancien Garde de Sceaux et Président de la Commission d'arbitrage pour l'ex-Yougoslavie à l'époque. Il a discuté de la création d'une juridiction pénale internationale avec les deux médiateurs pour l'ex-Yougoslavie, à savoir Lord Carrington et Cyrus Vance⁶⁵⁸. Il a également réussi à attirer l'attention du Ministre français des affaires étrangères, Roland Dumas, qui a présenté au Président Mitterrand la proposition d'un tribunal. Pourtant, Mitterrand n'a pas examiné la proposition pensant qu'une solution politique était plus appropriée à l'époque.⁶⁵⁹ L'intérêt des grandes puissances pour la création d'un tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a vu le jour le 26 août 1992 au cours de la Conférence de Londres. M. Klaus Kinkel, Ministre des affaires étrangères allemand, a suggéré, lors de la Conférence de Londres, la création d'une cour pénale internationale comme une possible solution pour la résolution du conflit en Yougoslavie. Dumas y a rappelé la proposition allemande et a demandé à la communauté internationale la mise en place d'une cour pénale internationale pour juger les crimes⁶⁶⁰. La proposition conjointe des deux Ministres des Affaires

⁶⁵⁶ Le Chemin vers La Haye, Sélection de documents sur les origines du TPIY, TPIY, 1996, Doc.7, p.34

⁶⁵⁷ Norman Stone, "Dubrovnik: The Case for a War Crime Trial- Why not Restore the Nuremberg Tribunal", *Guardian*, 13 November 1991

⁶⁵⁸ Le Chemin vers La Haye, op. cit., p.70

⁶⁵⁹ Pierre Hazan, *La justice face à la guerre, De Nuremberg à La Haye*, Paris: Stock, 2000, p.38-39

⁶⁶⁰ Le Chemin vers La Haye, op. cit., p.38-46

Etrangères a figuré dans les décisions prises à la Conférence de Londres en date du 27 août 1992 comme l'élaboration d'une étude concernant la création d'une cour pénale internationale⁶⁶¹. Ces tentatives de la communauté internationale pour traduire en justice les criminels de guerre ont continué sans cesse durant l'année 1992. Kinkel a évoqué, le 23 septembre 1992, la dite-proposition devant l'Assemblée générale de l'ONU. Dans cette perspective, Dumas a une fois de plus fait référence à la mise en place d'un Tribunal Pénal International dans sa déclaration à la suite de la résolution 780 du 6 octobre 1992 qui prévoyait la poursuite d'une enquête internationale sur les crimes contre l'humanité commis en ex-Yougoslavie⁶⁶².

L'intérêt porté par les Etats-Unis au jugement des personnes présumées coupables de crimes de guerre remonte à la rencontre, en décembre 1992, de Lawrence Eagleburger, Secrétaire d'Etat américain et d'Elie Wiesel, écrivain et victime de l'Holocauste. Lors de sa déclaration à la Conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie organisée à Genève, le 16 décembre 1992, Eagleburger a évoqué les présumés responsables des violations des droits de l'homme et du droit humanitaire en ex-Yougoslavie en y citant entre autres Slobodan Milosevic, Radovan Karadzic et Ratko Mladic⁶⁶³. C'est dans cette perspective que le Conseil de Sécurité a adopté la Résolution 780 pour la mise en place d'une commission impartiale d'experts chargée d'examiner et d'analyser les violations généralisées du droit humanitaire international sur le territoire de l'ex-Yougoslavie et particulièrement la pratique de l'épuration ethnique le 6 octobre 1992⁶⁶⁴. Selon O'Brien, parmi les quatre étapes concernant l'ex-Yougoslavie, à savoir, dans l'ordre, la condamnation, la publication, l'enquête et la sanction, il serait question ici de la troisième étape⁶⁶⁵.

La phase de la condamnation aurait commencé avec la Résolution 764, en date du 13 juillet 1992, et ce malgré l'existence de plusieurs résolutions précédentes portant sur les préoccupations de la communauté internationale au sujet des violations des droits de l'homme et du droit humanitaire international en ex-Yougoslavie⁶⁶⁶. Le

⁶⁶¹ Ibid., p.50

⁶⁶² Ibid., p.52

⁶⁶³ Ibid., p.54

⁶⁶⁴ Résolution 780 S/RES/780 adoptée par le Conseil de Sécurité à 3119e séance, le 6 octobre 1992, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/780\(1992\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/780(1992)), consulté le 10.09.2017

⁶⁶⁵ James C. O'Brien, "The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia", *The American Journal of International Law*, Vol. 87, No.4(Oct.1993), p.640

⁶⁶⁶ Voir la Résolution 713 du 25 septembre 1991, la résolution 721 du 27 novembre 1991, la résolution 724 du 15 décembre 1991, la résolution 743 du 21 février 1992, la résolution 749 du 7 avril 1992, la

Conseil de sécurité a, pour la première fois, fait référence aux conventions internationales du droit humanitaire dans les résolutions concernant la situation en ex-Yougoslavie à l'encontre des précédentes résolutions qui n'avaient pointé du doigt que les violations des droits de l'homme ou des minorités et la part de responsabilité des parties en conflit⁶⁶⁷. Pourtant la Résolution 764 a rappelé à toutes les parties « les obligations découlant du droit humanitaire international, en particulier des Conventions de Genève du 12 août 1945 ». De plus, elle a souligné la responsabilité pénale individuelle « des personnes qui commettent ou ordonnent de commettre de graves violations desdites conventions »⁶⁶⁸.

La Résolution 771 du 12 août 1992 demandait aux Etats et aux organisations humanitaires internationales de rassembler les informations concernant les violations du droit humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie correspond à la phase de publication. En outre, le Conseil de Sécurité a exigé du Secrétaire général un rapport comportant les informations fournies par les Etats et les organisations humanitaires internationales incluant les recommandations concernant les mesures supplémentaires pour mettre fin aux atrocités graves⁶⁶⁹.

La résolution 780, en date du 6 octobre 1992, qui établissait une commission d'enquête bien avant le rapport du Secrétaire général, a révélé les préoccupations de la communauté internationale. La commission d'experts responsable d'analyser et d'examiner les informations fournies en vertu de la résolution 771 et d'exécuter ses propres enquêtes pour préparer un rapport comportant ses conclusions et ses recommandations sur les violations graves des Conventions de Genève et les autres violations du droit humanitaire international était composée de cinq membres⁶⁷⁰. Frits Kalshoven (Hollande), M. Cherif Bassiouni (Egypte), William J. Fenrick (Canada), Keba Mbaye (Sénégal) et Torkel Opsahl (Norvège) faisaient partie de la

résolution 752 du 15 mai 1992, la résolution 757 du 30 mai 1992, la résolution 758 du 8 juin 1992, la résolution 760 du 18 juin 1992, la résolution 761 du 19 juin 1992, la Résolution 762 du 30 juin 1992

⁶⁶⁷ James C. O'Brien, op. cit., p.641

⁶⁶⁸ Résolution 764 S/RES/764 adoptée par le Conseil de Sécurité à 3093^e séance, le 13 juillet 1992, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/764\(1992\)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/1992.shtml&Lang=F](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/764(1992)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/1992.shtml&Lang=F), consulté 20.09.2017

⁶⁶⁹ Résolution 771 S/RES/771 adoptée par le Conseil de Sécurité à 3106^e séance, le 12 août 1992, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/771\(1992\)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/1992.shtml&Lang=F](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/771(1992)&referer=http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/1992.shtml&Lang=F), consulté 20.09.2017

⁶⁷⁰ M. Cherif Bassiouni, "The Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780: Investigating Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia", *Criminal Law Forum*, Vol.5, Nos.2-3, 1994, p.279,

Commission⁶⁷¹. Cette dernière a dû fonctionner malgré les problèmes de budget et de personnel. Le Conseil de sécurité n'ayant pas octroyé un budget spécial à la Commission pour mener à bien l'enquête, les dépenses ont été couvertes du budget existant de l'ONU. Seul le Bureau des affaires juridiques de l'ONU avait contribué aux dépenses de la Commission. Celle-ci disposait d'un fond financier dépendant des contributions volontaires des Etats tels que l'Allemagne, la Hollande, les Etats-Unis, la République Tchèque, l'Autriche, le Canada et le Danemark⁶⁷². Au-delà des fonds financiers, les Etats ont aussi contribué au niveau du personnel comme avec l'organisation non-gouvernementale américaine, Médecins pour les Droits de l'Homme qui a aidé à l'enquête sur les charniers à Vukovar.

La Commission a fait part de sa décision de mener des enquêtes approfondies sur une base sélective en raison du volume de l'information disponible et des limites pratiques d'action de la Commission dans son rapport intérimaire du 26 janvier 1993. De plus, elle a souligné la nécessité de collecter des preuves concrètes pour engager des poursuites. Dans cette perspective, un plan de travail pour mener des enquêtes approfondies concernant le nettoyage ethnique, les violences sexuelles systémiques, les tueries et la destruction des biens à une échelle massive ainsi que le traitement des prisonniers et des détenus a été préparé par la Commission⁶⁷³. Après son premier rapport intérimaire, la Commission a publié un second rapport intérimaire en date du 6 octobre 1993 dans lequel elle a présenté ses travaux en voie de constituer un Tribunal international pour juger les personnes présumées responsables des violations du droit humanitaire international sur le territoire de l'ex-Yougoslavie⁶⁷⁴. Enfin, le rapport final de la Commission d'experts a été publié le 24 mai 1994 et le Secrétaire Général a déclaré que les informations et les analyses de la Commission sur les violations graves du droit humanitaire international tel que le nettoyage ethnique, le viol, les violations sexuelles pouvaient servir de base pour « la tâche du Tribunal pénal

⁶⁷¹ Frits Kalshoven, Professeur du droit international humanitaire dans l'université de Leiden(Pays-Bas) ; le commandant William Fenrick, le Directeur du droit pour les opérations et formation militaire dans le département de la Défense(Canada) ; Keba Mbaye, l'ancien Président de la Cour Interntaionale de Justice (Sénégal) ; Torkel Opsahal, Professeur du droit des droits de l'homme à l'Université d'Oslo(Norvège) ; Cherif Basiouni, Professeur de droit honoraire à DePaul University College of Law à Chicago, Président de l'Institut des Droits de l'Homme de DePaul University

⁶⁷² Ibid., p.286-287

⁶⁷³ Secrétaire Générale de l'ONU, Lettre adressée au président du conseil de sécurité, S/25274, 10 février 1993, <http://undocs.org/fr/S/25274>, consulté 25.09.2017

⁶⁷⁴ Secrétaire Générale de l'ONU, Lettre adressée au président du conseil de sécurité, S/26545, 6 octobre 1993, <http://undocs.org/fr/S/26545>, consulté 25.09.2017

international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie »⁶⁷⁵. Les divers acteurs des relations internationales tels que Amnesty International⁶⁷⁶, Helsinki Watch⁶⁷⁷, l'OSCE⁶⁷⁸, l'Office du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés⁶⁷⁹, le Comité international de la Croix Rouge, l'Union Européenne⁶⁸⁰ et les Etats-Unis ont aussi à leur tour préparé des rapports concernant la situation en ex-Yougoslavie⁶⁸¹. Le rapport final de la Commission d'experts était certes le plus détaillé et c'est d'ailleurs en se fondant sur ce rapport que le Conseil de Sécurité a décidé de passer à la phase de la sanction avec la Résolution 808 le 22 février 1993.

La décision d'un tribunal international pour juger des personnes présumées responsables des violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 par la Résolution 808 a chargé le Conseil de sécurité de préparer un rapport qui se baserait sur tous les aspects d'un tribunal dans les soixante jours suivant l'adoption de la résolution⁶⁸². Le Secrétaire Général a aussi préparé un rapport comportant le projet de Statut du Tribunal⁶⁸³, et le Conseil de Sécurité a adopté la Résolution 827 du 25 mai 1993 qui établit le Tribunal comme suit :

« Agissant en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies,

...2. Décide par présente résolution de créer un tribunal international dans le seul but de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie entre le 1^{er} janvier 1991 et une date que déterminera le

⁶⁷⁵ Secrétaire Générale de l'ONU, Lettre adressée au président du conseil de sécurité, S/1994/64, 27 mai 1994,

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/1994/674&referer=http://www.un.org/en/documents/index.html&Lang=F, consulté le 25.09.2017

⁶⁷⁶ Voir Amnesty International, *Further Reports of Torture and Deliberate and Arbitrary Killings in War Zones*(Mars 1992), *Bosnia-Herzegovina: Gross Abuses of Basic Human Rights*(1992), *Bosnia-Herzegovina: You Have No Place Here: Abuses in Bosnian Serb Controlled Areas* (1994), *Bosnia-Herzegovina: Living for the Day-Forcible Expulsions from Bijeljina and Janja*(1994)

⁶⁷⁷ Helsinki Watch, *Report on War Crimes in Bosnia-Herzegovina*(Août 1992), *Abuses Continue in the Former Yugoslavia: Serbia, Montenegro and Bosnia-Herzegovina*(Juillet 1993)

⁶⁷⁸ Report of CSCE Mission to Inspect Places of Detention in Bosnia-Herzegovina(29 Août-4 Septembre 1992)

⁶⁷⁹ Le Rapporteur spécial de la Haut Commissariat des droits de l'homme de l'ONU a publié un série de rapports composé des 10 rapports jusqu'à l'année 1995 concernant les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire international dans le territoire de l'ancienne Yougoslavie

⁶⁸⁰ La Mission d'Enquete de la Communauté européenne sur le traitement reserve aux femmes musulmanes dans l'ex-Yougoslavie, le Document S/25240 du 3 février 1993 de l'ONU

⁶⁸¹ Yusuf Aksar, *Implementing International Humanitarian Law From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, Routledge, 2004, New York, p.12

⁶⁸² Résolution 808, S/RES/808 adoptée par le Conseil de Sécurité à 3175e séance, le 22 février 1993, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/808\(1993\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/808(1993)), consulté le 25.09.2017

⁶⁸³ Rapport S/25704 du Secrétaire Générale de l'ONU du 3 mai 1993, http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statut_re808_1993_fr.pdf, consulté le 25.09.2017

Conseil après la restauration de la paix, et d'adopter à cette fin le Statut du Tribunal international... »⁶⁸⁴.

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a été établi en vertu de l'Article 41 du Chapitre VII d'Action en cas de menaces contre la paix, de rupture de la paix et d'actes d'agression. Il se base sur le droit des Etats membres de l'ONU à appliquer des mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée telles que l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radioélectriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques. Pourtant la légalité de l'établissement du tribunal international par une résolution du Conseil de Sécurité en vertu du Chapitre VII a fait l'objet de vifs débats au sein de la communauté internationale concernant la compétence de ce dernier à créer un Tribunal pénal international.

L'établissement d'un tribunal international ad-hoc ou permanent dépendrait de quatre méthodes différentes, à savoir de la signature d'un traité international, d'une résolution de l'Assemblée générale de l'ONU, d'une résolution du Conseil de Sécurité ou encore de la modification de la Charte de l'ONU comme la création de la Cour Internationale de Justice⁶⁸⁵. Les trois premières méthodes portaient sur l'établissement d'un tribunal pour le territoire de l'ex-Yougoslavie laissant place à la création du TPIY par la Résolution 827 du Conseil de Sécurité du 25 mai 1993.

L'établissement d'un tribunal international via la ratification d'un traité par les Etats participant à la négociation et à la conclusion de ce traité est certes la voie idéale dans une perspective du droit international. En effet, les Etats peuvent ainsi préalablement réfléchir en profondeur à la création d'un tribunal. Avec la prise en compte de ses avantages et de ses désavantages, ils décideraient de le ratifier ou non⁶⁸⁶. Pourtant, la conclusion d'un traité pour le cas de l'ex-Yougoslavie semblait bien difficile en raison du nombre important de ratifications requises pour sa mise en vigueur tout en courant le risque qu'il ne soit jamais ratifié ou que le Tribunal ne soit

⁶⁸⁴ Résolution 827 S/RES/827 adoptée par le Conseil de Sécurité à 3217e séance, le 25 mai 1993, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/827\(1993\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/827(1993)), consulté 26.09.2017

⁶⁸⁵ C.L.Blakesley, "Comparing the Ad hoc Tribunal for Crimes Against Humanitarian Law in the Former Yugoslavia & the Project for an International Criminal Court, Prepared by the International Law Commission", *International Review of Penal Law*, Vol.67, 1996, p.141

⁶⁸⁶ Rapport S/25704 du Secrétaire Générale de l'ONU du 3 mai 1993, par.19

pas si efficace.⁶⁸⁷ Autrement dit, la méthode conventionnelle se fondant sur le consentement des Etats ne paraissait pas réaliste rendant nécessaire la juridiction d'un Tribunal international en ex-Yougoslavie.

L'Assemblée générale en tant que principal organe représentatif de l'ONU a le droit, en référence à l'Article 11 de la Charte, de « discuter toutes questions se rattachant au maintien de la paix et de la sécurité internationales...et ... faire sur toutes questions de ce genre des recommandations soit à l'État ou aux États intéressés, soit au Conseil de sécurité, soit aux États et au Conseil de sécurité »⁶⁸⁸. Dans ce cadre, l'établissement d'un tribunal par la résolution de l'Assemblée générale en ex-Yougoslavie risquait de ne pas être rapide et seul le processus de décision prise par l'Assemblée restait insuffisant pour répondre à l'urgence de la situation relevée par le Conseil de sécurité. De plus, les responsabilités accordées à l'Assemblée générale dans le cadre des articles 10-17 de la Charte de l'ONU n'accordaient pas directement le droit de prendre les mesures nécessaires pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales. L'Article 24 de la Charte reconnaît le Conseil de sécurité comme l'autorité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales et lui accorde la responsabilité de prendre les mesures nécessaires en vertu des Articles 41 et 42 du Chapitre VII de la Charte de l'ONU⁶⁸⁹. La responsabilité de l'Assemblée générale est limitée par la formulation des recommandations concernant le maintien de la paix et de la sécurité internationales et n'inclut pas les mesures contraignantes pour les parties comme l'établissement d'un tribunal⁶⁹⁰.

La décision de créer un tribunal international par la résolution du Conseil de sécurité peut être expliquée et légitimée en se référant à la Charte de l'ONU⁶⁹¹. En premier lieu, comme mentionné auparavant, le Conseil de sécurité apparaît comme l'autorité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales selon l'Article 24 de la Charte de l'ONU⁶⁹². En deuxième lieu, la détermination de

⁶⁸⁷ Ibid., par.20

⁶⁸⁸ Article 11 du Chapitre IV de la Charte de l'ONU sur l'Assemblée générale, <http://www.un.org/fr/sections/un-charter/chapter-iv/index.html>, consulté le 30.09.2017

⁶⁸⁹ Yusuf Aksar, *op. cit.*, p.20

⁶⁹⁰ Roman A. Kolodkin, "An Ad Hoc International Tribunal for the Prosecution of Serious Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia", *Criminal Law Forum*, June 1994, Volume 5, Issue 2-3, p. 390

⁶⁹¹ Yusuf Aksar, *op. cit.*, p.21

⁶⁹² Article 24 du Chapitre V de la Charte de l'ONU, <http://www.un.org/fr/sections/un-charter/chapter-v/index.html>, consulté le 30.09.2017

l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et la formulation des recommandations nécessaires sont du ressort du Conseil de Sécurité en référence à l'Article 39 de la Charte. Par ailleurs, le Conseil est libre de prendre les mesures déclarées dans les Articles 41 et 42 du Chapitre VII de la Charte pour assurer le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Il a d'ailleurs créé le TPIY en vertu du Chapitre VII⁶⁹³. Enfin l'Article 29 de la Charte de l'ONU donne le droit de créer des organes subsidiaires au Conseil de Sécurité pour l'exercice de ses fonctions y compris du maintien de la paix et de la sécurité internationales dans le cas de l'ex-Yougoslavie⁶⁹⁴.

La légalité de l'établissement du TPIY par le Conseil de Sécurité a été critiquée par la République Fédérale de Yougoslavie (la Serbie et le Monténégro) concernant le droit du Conseil de Sécurité de créer un tribunal international en vertu du Chapitre VII de la Charte de l'ONU. En premier lieu, affirmant que la Charte de l'ONU n'octroie pas au Conseil de sécurité la responsabilité de créer un organe judiciaire, elle a considéré que ce dernier a agi *ultra vires* en établissant un tribunal. Deuxièmement, la Serbie a affirmé que les critères de sélectivité du Conseil de Sécurité à juger les responsables des violations du droit humanitaire international étaient en contradiction avec le principe d'universalité et dépendaient davantage des motivations politiques du Conseil de sécurité. Enfin, elle a affirmé que les présumés responsables des violations du droit humanitaire international devaient être jugés par les tribunaux nationaux. Elle a souligné son opposition au caractère ad-hoc du tribunal et a déclaré son soutien à l'établissement d'une cour internationale permanente.⁶⁹⁵ Il serait pertinent de rappeler que les objections serbes concernant la compétence du tribunal ont été émises, en 1995, par le premier accusé du TPIY, à savoir par Dusko Tadic.

Dusko Tadic en tant que membre du Parti démocratique serbe (SDS) a directement participé au nettoyage ethnique à Kozarac dans la localité de Prijedor qui s'est prolongé sur deux jours et s'est terminé avec la mort de 800 civils en 1992. Après la chute de Prijedor, les musulmans et les Croates survivants ont été placés dans les camps d'Omarska, de Keraterm et de Tronopolje. Tadic avait aussi une part de

⁶⁹³Chapitre VII de la Charte de l'ONU (l'article 39-51), <http://www.un.org/fr/sections/un-charter/chapter-vii/index.html>, consulté le 30.09.2017

⁶⁹⁴ Article 29 du Chapitre V de la Charte de l'ONU, <http://www.un.org/fr/sections/un-charter/chapter-v/index.html>, consulté le 30.09.2017

⁶⁹⁵ Andrea Birdsall, "The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia-Towards a More Just Order?", *Peace Conflict&Development*, Vol.8, January 2006, p.11

responsabilité dans les graves violations commises au camp d'Omarska. Il est devenu le président du conseil local de la SDS en août 1992 mais au bout d'un an il a dû fuir en Allemagne où il a été arrêté le 12 février 1994. Deux mois plus tard il était jugé devant le TPIY, accusé d'avoir commis des crimes contre l'humanité, de graves infractions des Conventions de Genève de 1949 et de violer les lois ou coutumes de guerre⁶⁹⁶.

La défense a soulevé en trois points les exceptions concernant la compétence du TPIY dans la phase préliminaire du procès, le 23 juin 1995, : l'établissement illégal du TPIY, l'attribution illégale de la primauté du TPIY sur les juridictions nationales et l'incompétence *ratione materiae* sur les guerres civiles⁶⁹⁷. La légalité de l'établissement du TPIY sera traitée dans le cadre des décisions de la Chambre de première instance et de la Chambre d'appel. Les deux dernières exceptions seront abordées dans le chapitre suivant.

La Chambre de première instance a rejeté, le 10 août 1995, la première exception soulevée par la défense. La défense a affirmé que pour la création d'un tribunal international, la signature d'un traité, acte consensuel des Etats, ou l'amendement de la Charte de l'ONU étaient nécessaires. La création d'un tribunal international suite à une résolution du Conseil de sécurité pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales n'était pas, selon la défense, envisagée par le Chapitre VII Elle a réclamé qu'il n'était pas question d'une urgence internationale nécessitant l'établissement d'un tribunal international établi par le Conseil de Sécurité. De plus, elle a ajouté que le Conseil, en tant qu'organe politique, n'était pas en droit de créer un tribunal indépendant et impartial⁶⁹⁸.

Quant à la décision de la Chambre de première instance concernant le réexamen judiciaire des résolutions du Conseil de sécurité, elle a déclaré que le TPIY manquant de la compétence d'une juridiction constitutionnelle possédait un mandat spécifique pour poursuivre en justice « les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie

⁶⁹⁶Fiche Informatrice de Prijedor (IT-94-1), Dusko Tadic, http://www.icty.org/x/cases/tadic/cis/fr/cis_tadic_fr.pdf, p.4, consulté 10.10.2017

⁶⁹⁷ Procureur c. Dusko Tadic, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, La Chambre d'Appel, Affaire No:IT-94-1-AR72 (2 octobre 1995)

⁶⁹⁸Procureur c. Dusko Tadic, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, La Chambre de première instance, No:IT-94-1 (10 août 1995)

depuis 1991 »⁶⁹⁹. Pourtant, la Chambre de première instance a essayé d'analyser la légalité de l'établissement du TPIY par le Conseil de Sécurité d'une autre façon, c'est-à-dire dans le cadre de la liberté d'appréciation du Conseil de Sécurité pour constater l'existence d'une menace contre la paix. Autrement dit, sachant que le maintien de la paix et de la sécurité internationales est la première responsabilité du Conseil de Sécurité et que ses pouvoirs pour s'acquitter de cette responsabilité se situent dans le cadre des chapitres VI, VII, VIII et XII, le Conseil aurait utilisé son pouvoir découlant du Chapitre VII pour l'établissement du TPIY.⁷⁰⁰ Enfin, (le) la Chambre a affirmé que le Conseil de Sécurité n'a pas agi arbitrairement et qu'elle (il) a suivi une stratégie se basant sur les quatre étapes citées auparavant, à savoir, la condamnation, la publication, l'enquête et la sanction. Tous les moyens ont été épuisés par le Conseil de sécurité en voie de la création d'un tribunal pénal international pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales⁷⁰¹.

La défense n'a pas considéré la création d'un tribunal international comme une mesure envisagée par l'Article 41 du Chapitre VII. Elle a reconnu que les mesures ne devaient se limiter qu'à des sujets économiques, politiques et non-judiciaires. Au contraire, à condition de ne pas user de la force armée à l'exception des mesures juxtaposées dans l'Article 41, celui-ci permettait, selon le Conseil de sécurité, l'établissement du TPIY⁷⁰². La Charte de l'ONU et plus particulièrement l'Article 41 du Chapitre VII seront interprétés du point de vue de l'approche du réalisme juridique. Suite aux changements conjoncturels tels que l'évolution du droit international humanitaire et du droit pénal international, l'importance de la protection des droits de l'homme, l'acceptation des violations du droit humanitaire et des droits de l'homme comme une menace contre la paix et la sécurité internationales, la communauté internationale a eu tendance à interpréter l'Article 41 au sens large en y incluant des mesures judiciaires. Autant que les textes eux-mêmes, la signification actuelle des termes est aussi à prendre en considération. Par conséquent, en cas de menace contre la paix et la sécurité internationales, le Conseil de sécurité, en tant que garant principal, a le droit de décider des mesures à prendre dans le cadre de l'Article 41. En se basant sur leurs significations actuelles, le droit international humanitaire et sa mise en

⁶⁹⁹ Ibid, par.5

⁷⁰⁰ Ibid., par.7-10

⁷⁰¹ Ibid., par.16

⁷⁰² Ibid., par.26-28

application par le droit pénal international deviennent l'une des mesures coercitives de la communauté internationale excluant l'emploi de la force.

La décision émise par la Chambre de première instance a fait l'objet de l'appel de la défense à la Chambre d'appel du TPIY le 25 août 1995. Alors que les décisions de la Chambre de première instance et de la Chambre d'appel étaient en harmonie avec les bases du droit international, la Chambre d'appel a interprété différemment la distinction entre la compétence et l'établissement de la TPIY. Parmi ses compétences figurait aussi la conformité juridique de l'établissement du tribunal. Selon la Chambre d'appel, considérer la compétence du tribunal de façon étroite, à savoir en prenant en considération les limites de temps, d'espace, de personnes et de la matière à l'échelle nationale ne peut être valable que s'il est question du droit international. L'absence d'un pouvoir centralisé donne le droit d'exercer une fonction judiciaire aux juridictions internationales de façon autonome⁷⁰³. A l'encontre de la Chambre de première instance qui a refusé de réexaminer la légalité de l'établissement du TPIY en raison de son incompétence, la Chambre d'appel a fait référence au principe de « la compétence de la compétence » accordant au tribunal l'autorité de déterminer de sa propre compétence. Par conséquent, la Chambre d'appel en a conclu que le TPIY pouvait réexaminer la légalité de son établissement en comparant sa compétence de la compétence avec l'exception d'incompétence de la défense⁷⁰⁴.

La Chambre d'Appel s'est aussi prononcée sur l'autre aspect des allégations de la défense concernant le non-établissement, par la loi, du TPIY. L'appelant a affirmé que le TPIY n'était pas établi par la loi comme prévu dans l'Article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques comme suivant :

« ...Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil »⁷⁰⁵.

⁷⁰³ Procureur c. Dusko Tadic, le Chambre d'appel, Affaire No:IT-94-1-AR72 (2 octobre 1995), par.10-12

⁷⁰⁴ Ibid., par. 18-19

⁷⁰⁵ Ibid., par. 41

La Convention européenne des droits de l'homme et la Convention américaine des droits de l'homme ont aussi consacré un article similaire dans leurs textes⁷⁰⁶.

La défense a fait référence à la nécessité d'un procès impartial ou d'une procédure régulière, garanties assurées par les textes régionaux et internationaux mais qui peuvent en même temps être ignorées par un Tribunal international établi par le Conseil de sécurité⁷⁰⁷. Pourtant, la Chambre d'appel a expliqué l'établissement du tribunal par la loi à la lumière de trois définitions possibles. L'appelant a d'abord soutenu que le tribunal international devait être créé par un organe législatif et non pas par un organe exécutif comme le Conseil de sécurité. Face à cette allégation, la Chambre d'appel a affirmé que la séparation des trois pouvoirs, à savoir le législatif, l'exécutif et la judiciaire, en vigueur dans les systèmes nationaux, ne pouvait pas être appliquée dans ce cas précis. Par ailleurs, la Chambre a aussi fait référence à l'absence, dans le système onusien, d'un organe qui promulguerait des lois, tel que le Parlement dans le système onusien⁷⁰⁸.

Deuxièmement, bien que la défense ait affirmé que le Conseil de sécurité ne pouvait pas créer un tribunal international en dehors de l'amendement de sa Charte, selon la Chambre d'appel le Conseil de sécurité devait être doté du droit de créer un tribunal en vertu du Chapitre VII. L'organe le plus représentatif de l'ONU, à savoir l'Assemblée générale, a approuvé la création du tribunal et elle était aussi responsable de l'élection de ses juges et de l'adoption de son budget.

Enfin, les allégations concernant la conformité de la création à la règle de droit ont été soulevées par l'appelant. Il a expliqué en détail les critères recherchés pour la conformité à la règle de droit, l'établissement en harmonie avec les normes internationales appropriées, les garanties d'équité, de justice et d'impartialité et finalement la conformité avec les instruments internationalement reconnus relatifs aux droits de l'homme. Face aux allégations de la défense, la Chambre d'appel a déclaré

⁷⁰⁶ Voir l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme: "Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle"

L'article 8 de la Convention américaine des droits de l'homme: "Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue, avec les garanties appropriées et dans un délai raisonnable, par un tribunal compétent, indépendant et impartial, antérieurement établi par la loi"

⁷⁰⁷ Procureur c. Dusko Tadic, le Chambre d'appel, Affaire No:IT-94-1-AR72(2 octobre 1995), par.41-42

⁷⁰⁸ Ibid., p.42-43

que le tribunal a été établi conformément à la règle de droit. Dans cette perspective, il a précisé que les garanties d'un procès équitable tel que prévu par l'Article 14 du Pacte figuraient dans l'Article 21 du Statut du TPIY⁷⁰⁹.

Les contestations concernant la légalité et la légitimité des tribunaux pénaux internationaux ad-hoc ne se limitaient pas au TPIY. La défense a aussi contesté la compétence du TPIR durant l'affaire de Joseph Kanyabashi en soulevant une exception préliminaire. Kanyabashi a été mis en accusation pour les crimes de « génocide, de l'incitation directe et publique à commettre le génocide, ses actes commis alors qu'il était maire de la commune de Ngoma le 15 juillet 1996 ». Tandis que le TPIR a fait référence à la décision de la Chambre d'appel dans l'affaire de Dusko Tadic, il a reçu en examen les différents arguments de la défense dans l'affaire de Joseph Kanyabashi⁷¹⁰.

Comparé à l'affaire de Tadic, un autre argument avancé par la défense dans l'affaire de Kanyabashi, pendant la création d'un tribunal international, portait sur la violation par le Conseil de sécurité du principe de la souveraineté nationale des Etats. Pourtant le TPIR a directement rejeté cet argument affirmant, en premier lieu, que les droits de l'homme dominaient sur la souveraineté étatique. En deuxième lieu, il a fait référence au rôle du gouvernement rwandais dans la création du TPIR en rappelant que le gouvernement rwandais avait demandé, dès le début, la création d'un tribunal pénal en vue de la lutte contre l'impunité et pour la réconciliation nationale. De plus, selon le TPIR, le Rwanda, en adhérant à la Charte de l'ONU, avait aussi accepté en même temps d'adhérer aux décisions contraignantes du Conseil de Sécurité et de voir sa souveraineté limitée. Par conséquent, il devait accepter la création du TPIR en vertu du Chapitre VII⁷¹¹.

Comme nous l'avons mentionné depuis le début de cette section, la légalité et la légitimité des tribunaux pénaux internationaux ad-hoc créés par le Conseil de sécurité ont très souvent été remises en question. Les critiques s'adressent en réalité au Conseil de sécurité qui tout en étant un organe exécutif international au sein de l'ONU reste pourtant sans pouvoirs judiciaires. Dans cette perspective, il serait

⁷⁰⁹ Ibid., par.45-46

⁷¹⁰ Brigitte Stern, "Légalité et compétence du tribunal international pour le Rwanda:L'Affaire Kanyabashi", 15 février 1999, <http://www.ridi.org/adi/199811s4.html>, consulté le 15.09.2017

⁷¹¹ Ibid.

pertinent de s'appuyer sur l'approche du réalisme juridique pour apporter une explication à la création d'un tribunal pénal international par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte de l'ONU. La responsabilité des violations du droit humanitaire et des droits de l'homme appartiendrait à la communauté internationale. En cas de menace contre la paix et la sécurité internationales, en référence au Chapitre VII de la Charte de l'ONU, comme ce fut le cas en ex-Yougoslavie ou au Rwanda, le Conseil de sécurité est considéré comme l'autorité principale pour décider des mesures coercitives à prendre. Ces dernières incluent l'emploi de la force autrement dit l'intervention humanitaire et la création d'un tribunal pénal international. Le droit de New York créé par le Conseil de Sécurité au sein de l'ONU comporte les instruments du droit humanitaire international moderne.

Les instruments du droit humanitaire moderne, l'intervention humanitaire et l'établissement d'un tribunal pénal ad-hoc créés dans le cadre de l'ONU à New York garantissent le respect du droit humanitaire en général. En effet, ne disposant pas des instruments nécessaires pour prendre des mesures coercitives en cas de besoin, le droit humanitaire a donc été renforcé par les mécanismes rétributifs du droit de New York ou du droit humanitaire international moderne comme l'intervention humanitaire et les tribunaux pénaux internationaux. La continuité du rôle de l'ONU dépend des différents types d'interventions onusiennes autant militaires que judiciaires.

Dans le domaine militaire, l'ONU agit comme instrument légitimateur. Par ailleurs, elle contribue à l'institutionnalisation des normes contemporaines du droit humanitaire moderne. Ainsi, elle accorde la priorité aux droits de l'homme face à la souveraineté nationale, elle lutte contre l'impunité, elle défend la responsabilité de protéger et dans le cadre des tribunaux pénaux internationaux elle considère les violations du droit humanitaire comme des menaces contre la paix et la sécurité internationales. La législation du droit de New York a permis aux tribunaux pénaux ad-hoc de jouer un rôle d'entrepreneur des normes en anticipant la création de la Cour pénale internationale permanente. L'institutionnalisation du droit de New York a été assurée par les tribunaux pénaux ad-hoc. Cependant, au-delà de cette contribution concernant l'évolution du droit international humanitaire, leur héritage pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, en d'autres termes pour la réconciliation nationale et la justice transitionnelle reste encore controversé en ex-Yougoslavie et au Rwanda. Le rôle à long terme du TPIY en tant qu'instrument

prioritaire du processus de justice transitionnelle en ex-Yougoslavie sera traité dans le dernier chapitre.

Chapitre 2 : Le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, la justice face à la guerre

Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a fermé ses portes en décembre 2017 après 24 ans de procédure. Parmi les 161 personnes mises en accusation, 90 ont été condamnées, 19 acquittées et 13 transférées dans les pays de l'ex-Yougoslavie pour y être jugées selon des procédures closes. De plus, les actes d'accusation de 37 personnes ont été retirés⁷¹². La compétence *ratione loci* du TPIY était limitée par l'ex-Yougoslavie, c'est-à-dire par les territoires composant l'ancienne République fédérative socialiste de la Yougoslavie. Le TPIY a été compétente *ratione temporis* à partir du 1^{er} janvier 1992 ; date à laquelle les violations du droit humanitaire ont commencé sur le territoire de l'ex-Yougoslavie⁷¹³. Parmi les crimes punissables désignés par la compétence *ratione materiae* du TPIY figuraient les graves infractions aux Conventions de Genève de 1949, les graves violations des lois ou des coutumes de la guerre, le génocide et les crimes contre l'humanité selon les articles 2 à 5 du Statut du TPIY⁷¹⁴. Chacun de ces crimes était détaillé dans le Statut. L'Article 7 du Statut du TPIY prévoyait la compétence *ratione personae* comme suit

« 1. Quiconque a planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter un crime visé aux articles 2 à 5 du présent Statut est individuellement responsable dudit crime »⁷¹⁵.

Rappelons que le TPIY était le premier tribunal pénal ad hoc qui a été créé par le Conseil de Sécurité au sein de l'ONU pour juger les crimes commis pendant un conflit intra-étatique. De plus, s'agissait aussi du premier instrument judiciaire établi visant à juger les crimes internationaux les plus graves commis depuis les procès de

⁷¹² <http://www.icty.org/fr/content/infographie-le-tpiy-en-chiffres>, consulté le 27.11.2017

⁷¹³ http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_fr.pdf, p.7, consulté 27.11.2017

⁷¹⁴ http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_fr.pdf, p.5-6, consulté le 27.11.2017

⁷¹⁵ http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_fr.pdf, p.6, consulté le 27.11.2017

Nuremberg et de Tokyo. C'est pourquoi, il serait pertinent de préciser qu'il a directement contribué à l'évolution du droit humanitaire international et du droit pénal international. Au-delà de cette contribution, le rôle du TPIY en tant qu'instrument prioritaire du processus de justice transitionnelle dans les différents Etats issus de l'ex-Yougoslavie mérite toutefois d'être débattu sachant que sa mission principale était d'assurer la justice et de consolider la paix.

Le TPIY a été créé en 1993 bien avant le début des plus graves violations des droits de l'homme et du droit humanitaire tels que le génocide de Srebrenica en juillet 1995, le bombardement du marché de Markale en février 1994 ou encore les crimes contre l'humanité commis de 1993 à 1995 dans les autres municipalités de Bosnie-Herzégovine. Alors que la rétribution, la dissuasion, la réhabilitation, la communication, la condamnation, la solidarité sociale, la réconciliation nationale et la paix étaient acceptées comme les objectifs primaires de la justice pénale ; l'attribution de la responsabilité pénale individuelle, l'établissement de la vérité et l'impact dissuasif de la justice pénale figuraient parmi les objectifs envisageables. Pourtant, rappelons que c'est après la création du TPIY que la plupart des atrocités furent commises. Il existe aussi d'autres facteurs décisifs à prendre en considération comme les négociations de paix, l'absence d'un pouvoir d'application propre pour capturer les présumés responsables des crimes commis durant la guerre d'ex-Yougoslavie, les positions des élites politiques des Etats issus de l'ex-Yougoslavie et les intérêts politiques de la communauté internationale. Tous ces facteurs expliqueraient l'instabilité du TPIY observée dès ses débuts jusqu'à la première arrestation en date de juin 1997 ; il s'agit de la capture par une agence internationale (L'ATNUSO – Administration transitoire des Nations Unies pour la Slavonie orientale, le Baranja et le Srem occidental) du Président de la municipalité de Vukovar en Croatie orientale, accusé du meurtre de 260 hommes non-Serbes près d'Ovcara⁷¹⁶.

L'année 1997 constitua un tournant dans l'histoire du tribunal et à partir de cette date l'impact de ce dernier a évolué de manière systématique à l'échelle internationale et régionale grâce aux dispositions des accords de Dayton concernant les obligations des parties signataires à coopérer inconditionnellement avec le TPIY, aux perspectives d'adhésion à l'UE des pays de l'ex-Yougoslavie, à l'adhésion de la

⁷¹⁶<http://www.icty.org/fr/press/arrestation-et-transfert-%C3%A0-la-haye-d%E2%80%99un-accus%C3%A9-mis-en-cause-dans-un-acte-d%E2%80%99accusation-sous>, consulté le 27.11.2017

Force de Stabilisation de l'OTAN (SFOR) aux arrestations des criminels de guerre, aux processus de démocratisation dans les Etats issus de l'ex-Yougoslavie et finalement à la contribution de sa jurisprudence à l'évolution du droit international humanitaire et du droit pénal international. Le TPIY dont la mission s'est terminée en décembre 2017 a cédé la place au Mécanisme pour les tribunaux pénaux internationaux (MTPI) créé en 2010 par le Conseil de sécurité pour prendre le relais sur le TPIR. Chronologiquement, la division d'Arusha a d'abord été active le 1^{er} juillet 2012, puis la mission du TPIR a pris fin en décembre 2015. La division de La Haye a commencé à fonctionner en tant que mécanisme résiduel du TPIY le 1^{er} juillet 2013⁷¹⁷.

Au cours de sa phase finale, Le TPIY a multiplié ses efforts pour le développement effectif des instances judiciaires nationales de la région dans le cadre de son programme de sensibilisation fondé en 1999 visant à assurer l'acceptation du passé en ex-Yougoslavie grâce à la transmission de son héritage reçu. Les efforts fournis pour le développement des instances judiciaires nationales comportent « le renvoi de plusieurs affaires concernant les accusés de rang intermédiaire et subalterne devant les instances judiciaires de l'ex-Yougoslavie ». Le personnel du TPIY a aussi aidé à la formation de ses homologues dans les territoires de l'ex-Yougoslavie pour l'application des critères internationaux au sein des organes judiciaires locaux. Par ailleurs, le Tribunal a suspendu, en 2004, la mise en application de nouveaux actes d'accusation et c'est à partir de cette date qu'il a commencé à renvoyer les dossiers aux instances locales. Cet acte du TPIY consistant à former le personnel judiciaire dans la région de l'ex-Yougoslavie a ouvert la voie à la création d'organes chargés de juger des crimes de guerre et à la délégation des instances judiciaires non spécialisées pour enquêter et des crimes de guerre commis en Bosnie-Herzégovine, en Croatie et en Serbie⁷¹⁸.

Les deux aspects de l'héritage du TPIY portent d'une part sur sa contribution au processus de justice transitionnelle dans les Etats issus de l'ex-Yougoslavie et d'autre part sur le développement du droit international humanitaire et du droit pénal international. Au-delà de la contribution de la jurisprudence du TPIY à l'enrichissement de la codification du droit humanitaire international, il serait pertinent de dire que les héritages des tribunaux pénaux ad-hoc ont assuré l'établissement d'une

⁷¹⁷ <http://www.unmict.org/sites/default/files/infographics/mict-at-glance-fr.pdf>, consulté le 27.11.2017

⁷¹⁸ <http://www.icty.org/fr/outreach/renforcement-des-capacites-nationales>, consulté le 27.11.2017

Cour Internationale pénale permanente, à savoir la CPI. A l'état actuel, le CPI fait face à de nouveaux problèmes tels que le retrait de la Cour de quelques pays africains, les allégations de corruption sur l'ancien procureur du CPI, Luis Moreno Ocampo, l'opposition des Etats-Unis à l'enquête de la CPI demandée par le procureur en novembre 2017 sur les crimes de guerres en Afghanistan, et enfin la non-ratification du Statut de Rome par certains Etats y compris Israël, les Etats-Unis, la Russie, la Turquie et la Chine.

Bien que le TPIY ait eu un impact incontestable sur l'évolution du droit international humanitaire, son héritage en matière de justice transitionnelle dans les pays de l'ex-Yougoslavie a été remis en question du point de vue de la réconciliation nationale en raison des défis politiques nationaux dans la région comme les politiques populistes des élites politiques, le nationalisme croissant dans la région et la culture de dénégation dominante. Autrement dit, la justice n'a pas pu à elle seule assurer directement l'établissement de la réconciliation nationale en raison des carences opérationnelles de l'instrument judiciaire et des dynamiques politiques locales comme dans le cas de l'ex-Yougoslavie. En somme, l'impact du TPIY en tant qu'instrument de la justice rétributive rendit obligatoire l'analyse de toutes les dimensions du processus de la justice transitionnelle dans la région, y compris de l'existence d'autres instruments de justice transitionnelle, de la conjoncture internationale et nationale, de l'attitude de la communauté internationale envers le TPIY et de l'intériorisation de la lutte contre l'impunité par toutes les parties du conflit.

Section I : Le rôle du tribunal en transition

La décision de créer, le 22 février 1993, le TPIY par la résolution 808 a déclenché de grosses attentes au sein de la communauté internationale qui considérait le TPIY comme l'instrument principal de la dissuasion et de la prévention des conflits éventuels durant la guerre dans les territoires de l'ex-Yougoslavie⁷¹⁹. Comme l'un des objectifs du TPIY était de contribuer à la «restauration et au maintien de la paix», le Conseil de sécurité a essayé d'instrumentaliser la justice au service de la paix par la création d'un tribunal pénal international afin de « juger les personnes présumées

⁷¹⁹ Pierre Hazan, op. cit., p.12

responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 »⁷²⁰.

La création du TPIY comme un outil de justice mais aussi de paix a suscité un vif intérêt auprès des acteurs internationaux. D'une part, le secrétaire général de l'ONU de l'époque, Boutros Boutros-Ghali a affirmé que « pour la première fois depuis le tribunal de Nuremberg, les criminels de guerre vont donc connaître la sanction du droit international » ; d'autre part Ahmed Snoussi qui était le président du Conseil de sécurité a souligné l'importance de l'attribution de la responsabilité pénale en disant : « Dès aujourd'hui, les criminels savent qu'ils vont être punis »⁷²¹. Il est possible de constater à l'aide de ces déclarations que le TPIY, vu du point de vue de la justice internationale et plus particulièrement du droit pénal international prédominait sur les missions de paix.

L'aspect rétrospectif de l'objectif prioritaire du Tribunal qui est d'assurer la responsabilité pénale internationale surpassa l'objectif de réconciliation nationale de la justice transitionnelle. Tout d'abord, les négociations diplomatiques débouchant sur les accords de Dayton ont masqué les problèmes bureaucratiques et opérationnels relatifs à son fonctionnement. Deuxièmement, le second paradigme de la justice transitionnelle qui impliquait, après un conflit, un processus de transition pour la paix a rendu obligatoire une approche plus holistique. Autrement dit, la transition post-confliktuelle nécessita une approche en même temps centrée sur les victimes et les criminels. Le jugement des violations des droits de l'homme par les tribunaux, l'établissement de la vérité par les commissions de vérité, la réparation des inégalités et des injustices par les mécanismes de réparation et les réformes devaient être pris en considération comme un ensemble dans le cas de l'ex-Yougoslavie. Par ailleurs, les débats concernant le processus de justice transitionnelle dans les Etats issus de l'ex-Yougoslavie ont été menés dans le cadre de l'héritage du TPIY et de la nécessité de mécanismes extra-judiciaires ou d'instruments de la justice restauratrice.

Les travaux du TPIY effectués dans le cadre des programmes de sensibilisation comme les projets éducatifs pour la jeunesse, le renforcement des capacités judiciaires, la production de documentaires, la sensibilisation des médias pour l'acceptation du passé en ex-Yougoslavie en voie vers la paix et la sécurité ont tenté, dès 1999, de

⁷²⁰ Ibid., p.21

⁷²¹ Ibid., p.25

répondre aux besoins des habitants de la région. Ce programme de sensibilisation était soutenu financièrement par l'UE parce que toute acceptation de l'héritage du TPIY était primordiale pour la crédibilité du processus de justice transitionnelle pouvant ainsi faciliter la reconnaissance des principes fondamentaux en voie de l'adhésion à l'UE y compris l'attribution de la responsabilité pénale individuelle, l'établissement de l'état de droit et le respect des droits de l'homme⁷²². D'ailleurs l'UE instrumentalisa l'adhésion européenne des pays de l'ex-Yougoslavie afin d'assurer leur coopération totale avec le TPIY. Au-delà de l'héritage du TPIY, l'établissement de la réconciliation nationale dans la région de était aussi primordial. Cependant, le TPIY devait être soutenu par (les) des instruments extra-judiciaires comme les commissions de vérité, les programmes de réparations et les réformes institutionnelles. Suite à la fermeture du TPIY, le 21 décembre 2017, les pays de l'ex-Yougoslavie ont essayé de le remplacer par d'autres instruments de la justice transitionnelle tels que les tribunaux nationaux et locaux. Leurs responsabilités étaient de juger les criminels de guerre. RECOM, un comité intergouvernemental fut créé pour enquêter sur toutes les allégations de crimes de guerre et d'autres violations graves des droits de l'homme liées à la guerre; d'énumérer le nom de toutes les victimes de la guerre et les victimes de crimes liés à la guerre; et de recueillir des informations sur les camps et autres centres de détention forcée par les États issus de l'ex-Yougoslavie, la prise de la décision de la création d'une base de données pour les personnes disparues grâce à la Conférence régionale sur l'exhumation et l'identification des personnes et la production de documentaires.

L'impact au cours du conflit

La priorité absolue de la communauté internationale en ex-Yougoslavie était l'établissement de la paix. La création du TPIY par la résolution 808 le 22 février 1993 et l'adoption du Statut du TPIY par la résolution 827 le 25 mars 1993 étaient, à l'époque, des mesures prises pour « l'engagement de poursuites contre les personnes présumées responsables de graves violations du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis le 1^{er} janvier 1991... » dans le but de faire cesser ces dites-violations et de réparer leurs conséquences⁷²³. La

⁷²² Programme de Sensibilisation 15 ans de sensibilisation aux travaux du TPIY, ONU-TPIY, 2016, Pays-Bas, p.7

⁷²³ Résolution 827 du Conseil de Sécurité(S/RES/827)

dimension dissuasive du TPIY a été prioritairement prise en compte par la communauté internationale. La création du TPIY par le Conseil de sécurité reflétait l'instrumentalisation du droit international comme une arme politique pour l'établissement de la paix et de la sécurité internationales. Par ailleurs, le Secrétaire général de l'ONU de l'époque, Boutros Boutros-Ghali avait souligné la dimension dissuasive du TPIY comme suit :

« Le but du Conseil de sécurité est d'instituer un processus judiciaire capable de dissuader les parties en conflit de perpétrer de nouveaux crimes. Le Tribunal pénal international (TPI) a été conçu comme un des moyens favorisant graduellement la cessation des hostilités armées et un retour à la normale. On a émis la crainte que l'établissement du TPI ne risque pas de compromettre le processus de paix. En fait le Tribunal contribuera au processus de paix en créant les conditions d'un retour moins difficile à la normale »⁷²⁴.

Parmi les objectifs du TPIY énumérés par le Conseil de sécurité figuraient la poursuite en justice des auteurs des violations du droit humanitaire, la cessation des violations du droit humanitaire et la contribution à la restauration et au maintien de la paix⁷²⁵. Selon Hazan il s'agissait de sanctionner, de dissuader et de réconcilier. Il souligne également la différence dans l'ordre chronologique de ces trois objectifs. D'après lui, la poursuite en justice des auteurs des violations concernait les buts rétroactifs de la justice transitionnelle. De même, l'arrêt des violations devait être assuré au moment présent et l'objectif de réconcilier dépendait de l'aspect prospectif de la justice transitionnelle⁷²⁶.

Cette différence concernant la temporalité des objectifs du TPIY est analysée par Penny du point de vue de son impact, plus précisément de l'impact à court et à long terme. Elle classe la dissuasion dans le cadre de l'impact du TPIY à court terme en séparant le concept en deux, la dissuasion spécifique et la dissuasion générale⁷²⁷.

⁷²⁴ Note du Secrétaire général de l'ONU à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité, A/49/342 S/1994/1007(29 août 1994), p.11-12, <https://www.legal-tools.org/doc/d79ad7/pdf/>, consulté le 05.12.2017

⁷²⁵ Ibid.

⁷²⁶ Pierre Hazan, op.cit., p.72

⁷²⁷ Christopher K. Penny, "No Justice, No Peace?: A Political and Legal Analysis of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *Ottawa Law Review/Revue de droit d'Ottawa*, Vol.30, 1998-1999, p.262

Alors que la dissuasion spécifique porte sur la cessation immédiate des violations du droit humanitaire dans la région en conflit, la dissuasion générale, quant à elle, est liée à la prévention des violations futures du droit humanitaire qui risquent d'être perpétrées par n'importe quel groupe ou Etat. Pourtant, elle souligne la classification de la dissuasion spécifique dans le cadre de l'impact du TPIY à court terme⁷²⁸. L'impact du TPIY à long terme est traité par Penny, d'un point de vue à la fois interne et international. La création du témoignage historique, l'établissement de la vérité, l'individualisation de la responsabilité pénale et le rétablissement de l'Etat de droit et de la démocratie dans les territoires de l'ex-Yougoslavie sont considérés comme les effets internes à long terme du TPIY. Il est certain que la création d'un tribunal pénal international contribua à l'évolution du droit international humanitaire et pénal à long terme dans le cadre de son impact international⁷²⁹. D'ailleurs les objectifs complexes du TPIY comportant les aspects rétrospectifs et prospectifs de la justice transitionnelle ont suscité des critiques concernant son héritage. Tandis que ces objectifs sont considérés dans la théorie comme complémentaires, dans la pratique, les dimensions diverses de ces objectifs peuvent entraver le processus de justice transitionnelle.

L'une des premières critiques adressée au TPIY concerne le timing de sa création. Le tribunal a été établi alors que le conflit n'avait pas cessé, c'est pourquoi les responsables des violations du droit humanitaire comme le leader des Serbes de Bosnie Radovan Karadzic et le Président Slobodan Milosevic faisaient à l'époque partis des négociateurs d'une solution politique. Ils ont, par exemple, participé aux négociations de Genève dans le cadre de la Conférence de paix sur l'ex-Yougoslavie. Au-delà de l'ambiguïté sur les négociateurs Serbes de Bosnie et Serbes, l'existence d'un instrument judiciaire international pouvaient compliquer le processus de paix⁷³⁰. Le TPIY a d'ailleurs dû, jusqu'à la signature des accords de Dayton, faire face à des problèmes bureaucratiques et opérationnels.

Les problèmes opérationnels ont commencé avec la préparation du Statut du TPIY. Les Etats-Unis ont proposé la création d'un organe incluant les membres du Conseil de sécurité sous le nom du Conseil administratif qui « était chargé du contrôle général administratif sur le recrutement et les opérations du procureur et du tribunal et

⁷²⁸ Ibid., p.268

⁷²⁹ Ibid., p.269-271

⁷³⁰ Pierre Hazan, op. cit., p.68

approuvait par des recommandations le financement des opérations du personnel ». Selon Scharf cette proposition était en rapport avec les préoccupations des Etats-Unis concernant la capacité de l'ONU à fournir le budget et le personnel nécessaires⁷³¹. Les Etats-Unis étaient pour la création d'un fond volontaire de contribution afin de répondre à une éventuelle carence des fonds financiers de l'ONU. La question fut d'actualité pendant les travaux préliminaires de la commission d'experts, avant la création du tribunal. Les Européens et le Secrétariat de l'ONU, contrairement aux Etats-Unis, étaient pour un financement venant du budget régulier de l'ONU pour que l'indépendance du tribunal ne soit pas remise en question en raison des intérêts politiques implicites des Etats contributeurs⁷³². Finalement, le financement du tribunal a été inclus dans le budget régulier de l'ONU par l'Article 32 du Statut du TPIY mais les premières années du Tribunal ont été marquées par des problèmes budgétaires, exactement comme l'avaient prévus les Etats-Unis⁷³³. L'indisponibilité des ressources du TPIY venait en tête de l'agenda des juges du TPIY.

Onze juges élus par l'Assemblée générale de l'ONU en septembre 1993 pour une durée de quatre années ont été présélectionnés parmi une liste proposée par le Conseil de sécurité⁷³⁴. Ainsi que mentionné auparavant, l'indisponibilité des moyens nécessaires comme la prison, les ressources logistiques, la location permanente, le personnel fut abordé lors de la première réunion des juges de novembre 1993. L'absence de moyens a été perçue par les juges comme une réticence de l'ONU à créer un tribunal efficace et autonome. Hazan explique l'inaction de l'ONU au sein du TPIY par des marchandages et des contradictions entre les membres du Conseil de sécurité. Alors que d'une part les Etats-Unis voulaient utiliser le Tribunal comme « une arme potentielle pour marginaliser les leaders politiques et militaires qui gênent les négociations », d'autre part la France soulignait le caractère dissuasif du Tribunal quand la Grande Bretagne réfléchissait sur les risques de l'existence d'un instrument

⁷³¹ Micheal P. Scharf, *Balkan Justice: The Story Behind the First International War Crimes Trial Since Nuremberg*, Carolina Academic Press, North Carolina, 1997, p.56

⁷³² Pierre Hazan, op. cit., p.72

⁷³³ Statut actualisé du Tribunal International pour l'ex-Yougoslavie, http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_fr.pdf, p.14

⁷³⁴ Note du Secrétaire général de l'ONU à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité, A/49/342 S/1994/1007(29 août 1994), p.11-12, <https://www.legal-tools.org/doc/d79ad7/pdf/>, consulté le 05.12.2017, p.9

judiciaire pour une solution politique négociée⁷³⁵. Malgré tous ces problèmes, Antonio Cassese a été désigné, par les juges, en novembre 1993, comme Président du Tribunal.

Maintenant que le président était désigné, il ne restait plus, en janvier 1994, qu'à rédiger le règlement du TPIY. Pourtant, les membres du Conseil de sécurité n'ont pas pu se mettre d'accord pendant la rédaction du règlement de la procédure et de la preuve en raison de la différence existante entre le droit anglo-saxon et le droit continental. En effet, alors que le droit anglo-saxon défendait une mise en liberté des accusés jusqu'au procès, le droit continental s'y opposait en contexte de guerre. Il serait pertinent de remarquer que la mise en liberté des criminels de guerre risquait de compromettre la lutte contre l'impunité. Seule la libération des inculpés malades semblait possible dans le cadre du règlement du TPIY⁷³⁶. Un autre sujet divergeant entre les deux traditions de droit portait sur la contumace. Les juges continentaux soutenaient l'instrumentalisation de la contumace pour stigmatiser les auteurs des violations des droits de l'homme en l'absence d'une force d'imposition. Quant aux juges anglo-saxons, la présence des criminels mis en accusation était très vitale pour la crédibilité du Tribunal⁷³⁷.

Malgré ces divergences, les Etats-Unis ont tout de même accepté de transférer, à partir de juin 1994 et pour une durée de deux ans, au TPIY, des fonctionnaires originaires du Pentagone et de la CIA etc. Par ailleurs, les Etats-Unis ont aussi financé les besoins techniques du bureau du procureur par un fond de 3 millions de dollars⁷³⁸. A l'opposé de puissances européennes, les Etats-Unis semblaient fournir de vrais efforts pour le fonctionnement effectif du TPIY. Les Etats-Unis affirmaient que la dénonciation des criminels de guerre jouait un rôle important dans les négociations de paix puisqu'ils faisaient partie de la solution politique.

Les problèmes bureaucratiques qui apparurent en raison des contradictions entre les membres du Conseil de sécurité ont eu un effet direct sur les problèmes opérationnels comme la nomination du procureur. Un nombre important de candidats se sont vus rejeter en raison des divergences étatiques concernant les intérêts politiques. Ainsi, alors que la Grande-Bretagne rejetait la nomination de Cherif

⁷³⁵ Pierre Hazan, op. cit., p.83

⁷³⁶ Ibid., p.92

⁷³⁷ Ibid., p.93

⁷³⁸ Ibid., p.96

Bassiouni, président de la Commission d'experts fondés, parce qu'il semblait être trop actif sur la scène internationale, un candidat pouvait être rejeté par le Pakistan juste parce qu'il était Indien ou par la Russie car il était Américain⁷³⁹. Finalement, en novembre 1993, le Conseil de sécurité a réussi à nommer un candidat vénézuélien, Ramon Escovar Salom qui a dû démissionner en février 1994 avant même de prendre ses fonctions car il a été désigné comme Ministre intérieur du Venezuela⁷⁴⁰. C'est dans ce contexte que Graham Blewitt fut élu procureur adjoint du TPIY jusqu'à la nomination, en août 1994, de Richard Goldstone qui a présidé, de 1991 à 1994, la Commission d'enquête sur la prévention de la violence publique et de l'intimidation en Afrique du Sud. Autrement dit, il apparaissait comme un expert du processus de paix et de justice voire même de la justice transitionnelle.

La stratégie de Richard Goldstone, premier procureur du TPIY, désignée par les termes de « stratégie pyramidale » ou « stratégie à partir du bas » avait pour but de mettre en accusation les seconds couteaux et les exécutants en remontant dans les étapes de la hiérarchie⁷⁴¹. Il s'agissait justement des accusations dirigées vers Tadic et Nikolic. Comme nous l'avons expliqué dans le dernier chapitre, la légitimité et la légalité de la création du TPIY par le Conseil de sécurité faisaient parties des arguments avancés par Tadic. Parmi les crimes contre l'humanité prévus par l'Article 5 du Statut, Dragan Nikolic a été accusé, le 4 novembre 1994, d'assassinats, de violences sexuelles et de tortures⁷⁴². Quant à Tadic, en plus des persécutions pour motifs politiques, raciaux ou religieux, des crimes de viols, d'assassinats et d'actes inhumains (crimes contre l'humanité prévus par l'Article 5 du Statut), il était accusé d'homicides intentionnels, de tortures ou de traitements inhumains, de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter gravement atteinte à l'intégrité physique ou à la santé des individus (crimes prévus par l'Article 2 du Statut), mais aussi de violer les lois et coutumes de la guerre prévues par l'Article 3 du Statut tels que le traitement cruel ou encore le meurtre⁷⁴³.

⁷³⁹ Ibid., p.97

⁷⁴⁰ <http://www.icty.org/fr/content/anciens-procureurs>, consulté 01.12.2017

⁷⁴¹ Frederiek de Vlaming, « The Yugoslavia Tribunal and The Selection of Defendants », *Amsterdam Law Forum*, Spring Issue, Vol 4:2, 2012, p.94

⁷⁴² Fiche Informative de Camp de Susica (IT-94-2), p. 3, http://www.icty.org/x/cases/dragan_nikolic/cis/fr/cis_nikolic_dragan_fr.pdf, consulté le 01.12.2017

⁷⁴³ Fiche Informative de Prijedor (IT-94-1), p.3

Goldstone a expliqué sa stratégie en se basant sur trois principes principaux. Premièrement, il a affirmé qu'au départ, par manque de preuves, il avait pris en considération le travail de la commission d'enquête pour inculper les responsables en ex-Yougoslavie. Les données de la commission étaient à elles seules suffisantes pour inculper Tadic, accusé de nettoyage ethnique à Prijedor⁷⁴⁴. Deuxièmement, comme Tadic a déjà été arrêté par les autorités allemandes et inculpé pour crimes commis dans le camp d'Omarska, il ne restait plus à Goldstone qu'à demander son extradition pour qu'il soit jugé par le TPIY⁷⁴⁵. Troisièmement, Goldstone était confronté à un financement insuffisant, à une absence du soutien international et régional ainsi qu'à des difficultés à former une équipe d'enquêteurs et une force d'imposition adéquate. Enfin, suite à l'affirmation de l'ONU précisant qu'elle mettrait fin à l'aide financière si un acte d'accusation n'était pas publié, Goldstone s'est mis à l'œuvre, agissant hâtivement et pragmatiquement⁷⁴⁶.

Les négociations de paix étaient conduites avec les interlocuteurs des pays de l'ex-Yougoslavie, c'est-à-dire avec Radovan Karadzic, Slobodan Milosevic ou encore Ratko Mladic, tous accusés par la suite de nettoyage ethnique. En cas de guerre, chacune des deux options, à savoir la stratégie pyramidale ou le commencement par les plus hauts avaient chacune leurs propres avantages et désavantages. Alors que d'une part, l'inculpation des personnes les plus hautes comme Milosevic, Karadzic pouvait déranger le déroulement des négociations de paix, d'autre part, une stratégie pyramidale qui pouvait retarder le jugement des responsables politiques et militaires, pouvait causer la persistance des violations du droit humanitaire et de la guerre. Pour cette raison, la mission de Goldstone en tant que premier procureur du TPIY était vraiment difficile.

La stratégie du procureur du TPIY dépendait des demandes des juges du TPIY et des négociateurs de paix. Dans cette perspective, les magistrats du TPIY ont publié, le 1^{er} février 1995, un communiqué de presse exprimant leurs mécontentements de la

⁷⁴⁴ Richard Goldstone, "Exposing Human Rights Abuses-a Help or Hindrance to Reconciliation", *Mathew O. Tobriner Memorial Lectures, UC Hastings Archives and History*, 1994, p.617

⁷⁴⁵ Gary Jonathan Bass, *Stay the Hand of Vengeance*, Princeton University Press, 2000, New Jersey, p.223.

⁷⁴⁶ Frederiek de Vlaming, op. cit., p.93

stratégie de Goldstone⁷⁴⁷. Ils ont fait part de leurs inquiétudes concernant la consistance du programme de travail judiciaire pour 1995 comme suit :

« Il n'en demeure pas moins qu'au moment de se séparer, les Juges souhaitent exprimer leur inquiétude quant à l'urgence avec laquelle des actes d'accusation adéquats doivent être présentés.

Il faut rappeler que le Conseil de Sécurité, en créant le Tribunal International par ses Résolutions 808 et 827, a expressément entendu lui confier une mission historique par la poursuite et le jugement des personnes portant la responsabilité des "tueries massives", de "la détention et des viols massifs, organisés et systématiques des femmes", et "de la pratique du "nettoyage ethnique" sur le territoire de l'ex-Yougoslavie", afin ainsi de "contribuer à la restauration et au maintien de la paix".

En raison de la gravité et de la dimension historique de cette mission, les Juges tiennent particulièrement à ce qu'un programme de mise en accusation réponde efficacement aux préoccupations du Conseil de Sécurité et de la Communauté internationale toute entière »⁷⁴⁸.

Lord Owen, secrétaire des affaires étrangères du Commonwealth entre 1977 et 1979, interlocuteur de l'UE pour les négociations de paix, a affirmé qu'il avait implicitement expliqué à Goldstone les risques de l'inculpation de Milosevic en essayant d'obtenir une paix négociée avec lui⁷⁴⁹. Plusieurs plans de paix qui ont été préparés, à partir de l'année 1991, par l'ONU et l'UE pendant la Conférence de paix sur l'ex-Yougoslavie ont échoué y compris le plan Carrington-Cutileiro (février 1992), le plan Vance-Owen (juin 1993) et le plan Owen-Stoltenberg (juillet 1993). Tous ces plans ont été rejetés par les parties du conflit en ex-Yougoslavie. Par exemple, bien que le plan Carrington-Cutileiro, ait été accueilli positivement par toutes les parties il a par la suite été rejeté par Alija Izetbegovic en raison de la division du pays en districts, en municipalités et en villes ethniques⁷⁵⁰. Le leader bosniaque,

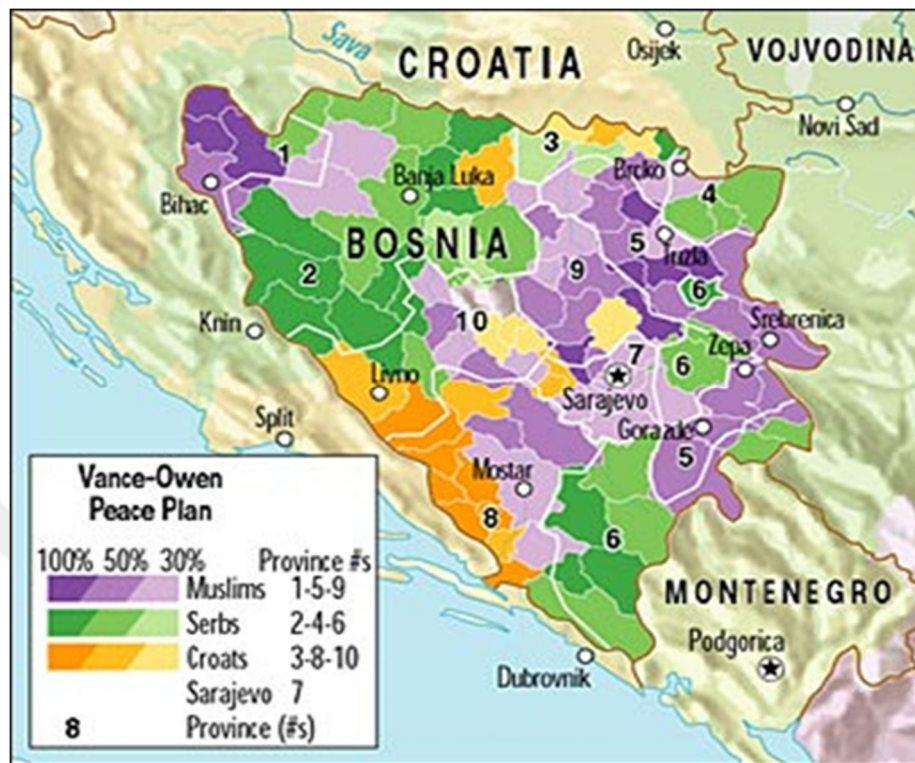
⁷⁴⁷ Isabella Delpha, "La réception du TPIY: héritage philosophique, contingence historique, universalité morale", dans *Peines de Guerre: La Justice pénale internationale de l'ex-Yougoslavie*, ed. par. Isabelle Delpla et Magali Bessone, Editions de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 2009, Paris, p.22

⁷⁴⁸ Communiqué de presse du 1er février 1995(CC/PIO/003-F), <http://www.icty.org/fr/press/les-juges-du-tribunal-pour-lex-yougoslavie-sinquietent-de-la-consistance-de-leur-programme-de->, consulté 12.12.2017

⁷⁴⁹ Pierre Hazan, op. cit., p.107

⁷⁵⁰ Alija Izetbegovic, *Tarihe Tanıklığım*, çev. Ahmet Demirhan, Alev Erkilet, Hanife Öz, Klasik Yayınları, 2003, İstanbul, p.274-276

Izetbegovic et le Président de la république serbe de Bosnie Karadzic n'ont pas accepté le plan Vance-Owen pour des contradictions géographiques du plan⁷⁵¹.



Carte du plan Vance-Owen (Partition Conflicts and Peace Processes Website)

Les dites-contradictions présentes au sein des pays de l'ex-Yougoslavie expliqueraient l'échec de tous ces plans. Ceci était particulièrement vrai pour la Bosnie-Herzégovine qui essayait de conserver son intégrité territoriale alors que les Croates et les Serbes de Bosnie essayaient de se rattacher à la Croatie et à la Serbie. Etant donné que ces trois groupes ethniques ne pouvaient pas coexister en Bosnie, la seule solution possible était que la Bosnie soit encerclée par la Grande Serbie et la Grande Croatie⁷⁵². C'est pourquoi il était crucial de réconcilier dans un plan de paix les demandes à la fois sécessionnistes et intégristes.

Le plan de paix qui réconcilia les demandes de toutes les parties au conflit est apparu le 14 décembre 1995 avec la signature des accords de Dayton à Paris. La signature des accords de Dayton est bien le résultat des efforts fournis par Richard Holbrooke, secrétaire d'Etat-adjoint américain chargé de l'Europe pour l'intervention de l'OTAN en août 1995. L'inclusion directe des Etats-Unis par la nomination de

⁷⁵¹ İsmail Soysal ve Şule Kut, *Dağılan Yugoslavya ve Bosna-Hersek Sorunu: Olaylar-Belgeler 1990-1996*, Ortadoğu ve Balkan İncelemeleri Vakfı, 1997, İstanbul, p.27-28

⁷⁵² Richard Holbrooke, op. cit., p.434

Richard Holbrooke en tant que médiateur du conflit en Bosnie est perçue comme le début d'une nouvelle période pour l'établissement de la paix. Il est certain que les graves violations du droit humanitaire perpétrées entre 1994-1995 et la médiatisation des faits comme le génocide de Srebrenica en juillet 1995 ou encore la chute d'un obus sur un marché au cœur de Sarajevo en février 1994 ont joué un rôle important pour la mobilisation de la communauté internationale. A l'époque, l'impact du TPIY était très limité en raison de la priorisation de la paix, de la stratégie pyramidale du procureur Goldstone et des problèmes opérationnels comme celui du financement ou encore l'absence d'une force d'imposition. Holbrooke avait affirmé durant les négociations de paix que son rôle n'était pas de juger Milosevic et il souligna l'importance de ce dernier pour les accords de paix⁷⁵³.

L'intégration du TPIY au processus de paix à Dayton ne pouvait pas se réaliser. En réalité, l'instrumentalisation de la justice pouvait assurer l'établissement d'une paix positive qui ne devait pas traiter des politiques nationalistes et populistes dans la région de l'ex-Yougoslavie. Pourtant, les mises en accusation respectives de Karadzic et de Mladic pour le génocide du 24 juillet 1995 et celui de Srebrenica en date du 16 novembre 1995, juste à la veille des négociations de Dayton, s'agiraient d'une instrumentalisation du processus⁷⁵⁴. La stigmatisation de Mladic et Karadzic avec ces actes d'accusation a directement contribué à l'exclusion des leaders serbes de Bosnie des négociations de paix à Dayton. Pourtant, cette instrumentalisation ne pouvait pas avoir d'effets sur les dispositions des accords de Dayton malgré les demandes extraordinaires de la délégation bosniaque concernant le processus de justice transitionnelle et le TPIY.

La délégation bosniaque a proposé quatre dispositions spécifiques concernant le traitement du passé. Premièrement, elle suggéra l'établissement d'une obligation pour arrêter, détenir et transférer à la juridiction du TPIY tous les criminels de guerre inculpés qui résident, transitent ou sont présents sur leur territoire. Deuxièmement, elle souhaita inclure la Fédération et la République serbe de Bosnie à cette obligation. Troisièmement, elle proposa la création d'un mécanisme pour la lustration des présumés responsables des violations du droit humanitaire des secteurs de sécurité et de justice. Elle demanda, pour ce mécanisme, l'assistance de l'IFOR (la force

⁷⁵³ Paul R. Williams et Micheal P. Scharf, op. cit., p.116

⁷⁵⁴ Ibid., p.157

d'Implémentation de l'OTAN). En dernier lieu, elle évoqua l'exclusion de toutes les personnes de la fonction élective et publique soupçonnées d'avoir commis des crimes de guerre⁷⁵⁵. Pourtant, les dispositions des accords de Dayton se présentaient de la sorte:

«Les Parties coopéreront pleinement avec toutes les Entités participant à la mise en œuvre du présent Accord de paix, telles que décrites dans les Annexes au présent Accord, ou autrement autorisées par le Conseil de sécurité de l'ONU, conformément à l'obligation qu'on toutes les parties de coopérer aux enquêtes et aux poursuites relatives aux crimes de guerre et autres violations du droit humanitaire⁷⁵⁶...

Nul ne peut se porter candidat ni être désigné, élu ou autrement nommé à une charge publique sur le territoire de Bosnie-Herzégovine s'il accomplit une peine prononcée par le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, est mis en accusation⁷⁵⁷»

Holbrooke affirma que la seconde disposition pouvait être une lustration pour le succès de l'implémentation de Dayton et le développement de la société civile en Bosnie⁷⁵⁸. Pourtant, l'absence de la création d'une force d'implémentation pour le TPIY remettait en cause l'éventuelle arrestation de Mladic et de Karadzic. Dans cette situation, les interlocuteurs internationaux ont donc fait confiance à la promesse donnée par Milosevic concernant leurs arrestations. Bien que Holbrooke ait toujours souligné l'importance de l'arrestation de Karadzic et de Mladic pour la paix positive dans la région, le TPIY qui était dépourvu d'un financement suffisant, d'une force d'implémentation ainsi que d'un soutien régional et international ne pouvait pas faire autrement que de mettre en accusation les seconds couteaux. La stratégie de Goldstone a contribué à la modification du TPIY et ce malgré les négociations de paix qui ne pouvaient pas instrumentaliser suffisamment la justice. De plus, elle a ouvert la voie à l'édification du TPIY grâce au soutien de la part d'autres instruments comme l'UE ainsi que par l'application de mesures économiques et politiques.

⁷⁵⁵ Ibid., p.164

⁷⁵⁶ Article IX de l'Accord-Cadre générale pour la paix en Bosnie-Herzégovine

⁷⁵⁷ Article IX de l'Annexe 4 de l'Accord-Cadre générale pour la paix en Bosnie-Herzégovine

⁷⁵⁸ Paul R. Williams et Micheal P. Scharf, op. cit, p.165

Le renforcement du tribunal

L'aspect dissuasif du Tribunal n'a pas été suffisant pour mettre fin, à court terme, aux violations du droit humanitaire. Les violations telles que le génocide de Srebrenica, l'évènement dans le marché de Sarajevo, les crimes commis contre l'humanité dans les municipalités de Bosnie-Herzégovine ont encouragé la communauté internationale à instrumentaliser le recours à la force au sein de l'OTAN afin de mettre fin à la guerre et de rétablir la paix⁷⁵⁹. Ainsi, il est force de constater que la force a joué un rôle plus dissuasif que la justice, nous le comprenons d'ailleurs aux paroles de Milosevic qui déclara que « l'OTAN a gagné la guerre, ce sont vos bombes et missiles, votre haute technologie qui nous ont vaincus, nous les Serbes qui n'avons jamais eu de chance contre vous »⁷⁶⁰. Les Croates et les Bosniaques ont réussi à reprendre les territoires annexés par les Serbes en août 1995, notamment Krajina, la Slavonie orientale et la Bosnie occidentale jusqu'à Banja Luka. Le cessez-le-feu du 12 octobre 1995 les arrêta. L'utilisation de la force sur deux fronts, avec d'une part l'OTAN et d'autre par les Croates et les Bosniaques, a ouvert la voie vers la paix. Pourtant le bon fonctionnement du TPIY dépendait de l'existence même d'une force d'imposition ou de l'élargissement du mandat de l'IFOR.

L'IFOR a été créée, le 15 décembre 1995, par la résolution 1031 du Conseil de sécurité en vertu de l'Article I de l'annexe 1-A des accords de Dayton⁷⁶¹. La résolution 1031 définissait le mandat de l'IFOR de façon explicite. Seules persistaient quelques ambiguïtés concernant son rôle sur l'arrestation des criminels recherchés par le Tribunal. La coopération avec le TPIY et l'autorisation accordée à l'IFOR d'utiliser la force ont été traitées dans le même article de ladite Résolution comme suit:

« Reconnaît que les parties devront coopérer pleinement avec toutes les entités qui sont chargées d'appliquer le règlement de paix, ainsi que prévu dans l'Accord de paix, ou qui sont par ailleurs autorisées par le Conseil de sécurité, y compris le Tribunal

⁷⁵⁹ Ibid., p.156-157

⁷⁶⁰ Wesley K. Clark, *Waging Modern War: Bosnia, Kosova, and the Future Combat*, Reading, Mass, 2012, Perseus, p.67-68

⁷⁶¹ Article I de l'annexe 1-A des accords de Dayton, p.6, https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/BA_951121_DaytonAgreement%28fi%29.pdf, consulté le 03.12.2017

international pour l'ex-Yougoslavie, et que les parties ont en particulier autorisé la force multinationale mentionnée au paragraphe 14 ci-après à prendre les mesures requises, y compris l'emploi de la force en cas de nécessité, pour veiller au respect de l'annexe 1-A de l'Accord de paix »⁷⁶².

L'Article X de l'annexe 1-A des accords de Dayton faisait référence de façon implicite à la coopération avec le TPIY « des entités qui sont autorisées par le Conseil de sécurité pour le règlement de la paix »⁷⁶³. Cette référence a permis aux généraux de l'IFOR de résister aux arrestations des criminels recherchés par le TPIY. Le mandat de l'IFOR portait en lui-même certaines limites. Premièrement, il apparaît que le Conseil de sécurité avait privilégié l'autorisation à la responsabilité. En effet, l'aspect obligatoire nécessaire aux arrestations manquait au mandat de l'IFOR. Deuxièmement, les membres permanents du Conseil de sécurité, particulièrement les Etats-Unis, la France et la Grande Bretagne, avaient expliqué en détail les conditions nécessaires pour une arrestation par les forces de l'IFOR. Ils avaient déclaré que l'IFOR était en droit d'arrêter un criminel recherché à condition de ne pas faire d'efforts particuliers pour sa capture⁷⁶⁴. Dernièrement, le Conseil de sécurité avait considéré le Commandement de l'IFOR comme l'autorité finale pour interpréter correctement les aspects militaires du règlement de la paix des accords de Dayton selon l'Article XII de l'annexe 1-A. Cette attitude du Commandement de l'IFOR concernant les arrestations a retardé, jusqu'à la seconde moitié des années 1990, le renforcement du Tribunal⁷⁶⁵. A Wahington, les autorités du Pentagone, ainsi que Tony Lake, Conseiller national de sécurité et William Perry, Secrétaire d'Etat de la Défense se sont opposés à l'arrestation des criminels de guerre par le mandat de l'IFOR alors que les négociations de paix continuaient encore à Dayton. Le débâcle de l'exemple somalien et ce malgré l'insistance de Holbrooke pour un mandat plus élargi les poussa à prendre une telle décision⁷⁶⁶.

⁷⁶²Résolution 1031 adoptée par le Conseil de sécurité à 3607 séance le 15 décembre 1995, p.3, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1031\(1995\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1031(1995)), consulté le 03.12.2017

⁷⁶³Article I de l'annexe 1-A des accords de Dayton, p.21, https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/BA_951121_DaytonAgreement%28fr%29.pdf, consulté le 03.12.2017

⁷⁶⁴ Paul R. Williams et Micheal P. Scharf, op. cit., p.213

⁷⁶⁵Article XII de l'annexe 1-A des accords de Dayton, p.21, https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/BA_951121_DaytonAgreement%28fr%29.pdf, consulté 22.12.2017

⁷⁶⁶ Richard Holbrooke, op. cit.p.266-267

La déclaration de l'Amiral Leighton Smith au commandement de l'IFOR n'a fait que renforcer la position de l'IFOR qui s'opposait à la capture des criminels de guerre. Il a affirmé que l'IFOR n'était pas en droit d'arrêter qui que ce soit et a ajouté qu'une éventuelle arrestation des criminels de guerre pouvait engendrer des hostilités entre les forces de l'OTAN et les peuples de la région⁷⁶⁷. En d'autres termes, l'IFOR redoutait à l'époque les possibles représailles des serbes. Face aux allégations concernant le passage en février 1996 de Karadzic par les quatre postes de contrôle de l'OTAN, Smith avait réaffirmé que l'arrestation des criminels de guerre ne faisait pas partie des missions de l'IFOR⁷⁶⁸. Bien que l'IFOR était en droit d'arrêter un criminel recherché si elle était amenée à entrer en contact avec lui, elle préféra tout de même éviter toute confrontation. Ainsi, le jour où les inspecteurs de l'IFOR ont découvert que Mladic se cachait dans un bunker qu'ils allaient justement inspecter, ils ont décidé de changer leur trajectoire. L'amiral américain de l'IFOR, Joseph Lopez avait aussi été en contact avec les serbes au siège de Radovan Karadzic juste avant les élections de septembre 1997 en Bosnie-Herzégovine⁷⁶⁹.

Les hésitations de l'IFOR concernant les arrestations des criminels de guerre étaient liées aux facteurs internes et externes. Les facteurs externes portaient sur les déclarations des leaders serbes comme Milosevic ou Mladic menaçant l'IFOR de représailles en cas d'arrestations de criminels de guerre. Alors que d'une part Milosevic soulignait le risque d'aggravation de la situation en Bosnie en cas d'arrestation par l'IFOR des Serbes de Bosnie, d'autre part, Mladic rappelait le soutien national qu'il avait obtenu⁷⁷⁰. L'IFOR a essayé d'expliquer son choix de suivre une politique de non-action en se référant d'une part aux dynamiques internes de la Bosnie-Herzégovine comme les élections municipales et fédérales, la fragilité de la paix dans la région, la responsabilité des autorités nationales sur les arrestations des criminels de guerre et d'autre part aux dynamiques propres à son organisation telles que l'aggravation de l'impartialité de l'OTAN, le manque d'informations de renseignement fiables et la formation insuffisante des forces de l'OTAN pour

⁷⁶⁷ Paul R. Williams et Micheal P. Scharf, op. cit., p.215

⁷⁶⁸ Richard Holbrooke, op. cit., p.400

⁷⁶⁹ Diane F. Orentlicher, "Swapping Amnesty for Peace and the Duty to Prosecute Human Rights Crimes", *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 3, 1997, p.716

⁷⁷⁰ "Shrugging Off Indictment, Bosnian Serb General Skis", *New York Times*, Monday, 11 mars 1996, <http://www.nytimes.com/1996/03/11/world/shrugging-off-indictment-bosnian-serb-general-skis.html>, consulté le 26.12.2017

l'arrestation des criminels de guerre⁷⁷¹. Cette politique de l'IFOR a empêché la stigmatisation aux yeux de l'opinion publique des criminels de guerre comme Mladic ou Karadzic. Ils ont même conservé leurs statuts privilégiés après les accords de Dayton et ce malgré les mises en accusation du TPIY.

Dans la phase d'application des accords de Dayton, Karadzic a dû démissionner en 1996 de la présidence de la République serbe de Bosnie et de son parti, le Parti démocratique serbe en raison de la disposition du traité de paix. Ainsi, Biljana Plavsic a été élu le 14 septembre 1996 comme nouveau Président de la République serbe de Bosnie. Malgré ce transfert de pouvoir, Karadzic a tout de même continué à contrôler la vie politique par l'intermédiaire des médias et de sa campagne électorale. Il avait avec lui l'appui implicite de Plavsic qui sera condamné plus tard par le TPIY à 11 années d'emprisonnement pour avoir commis des persécutions pour raisons politiques, raciales et religieuses dans le cadre des crimes contre l'humanité. Karadzic a même participé à une session du Parlement serbe à Pâle et ce malgré la présence des forces italiennes au sein de l'IFOR. Mladic et Karadzic ont, tous les deux, contesté l'autorité du TPIY et de l'IFOR dans la région. Ces contestations concernant le processus de paix et la crédibilité de la politique américaine en Europe ont certes fragilisé la phase d'implémentation de Dayton comme le remarqua Holbrooke⁷⁷². Rappelons que Karadzic ne fut arrêté qu'au bout de 13 ans, en juillet 2008 et Mladic 15 ans plus tard, en mai 2011. Sans aucun doute, suite aux hésitations émises par l'IFOR concernant les arrestations des criminels de guerre, les fugitifs ont pu échapper à la justice et ainsi sauvegarder leurs positions privilégiées.

Pour faire face à cette situation, le procureur Goldstone a décidé d'appliquer une solution intérimaire nommée la procédure 61, en vertu de l'Article 61 de la Procédure, qui allait entrer en vigueur en cas de l'inexécution d'un mandat d'arrêt. Il s'agirait d'une ordonnance donnée par le juge au procureur afin de soumettre l'acte d'accusation à la Chambre de première instance en audience publique accompagnée de toutes les preuves nécessaires si « le juge est convaincu que le Greffier et le Procureur ont pris toutes les mesures nécessaires afin d'assurer l'arrestation de l'accusé en ayant recours, notamment, aux autorités compétentes de l'Etat sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel l'accusé réside ou a eu sa dernière

⁷⁷¹ Paul R. Williams et Micheal P. Scharf, op. cit., p.217

⁷⁷² Pierre Hazan, op.cit., p.125

résidence connue »⁷⁷³. Le TPIY a utilisé cette procédure cinq fois au début de sa jurisprudence en 1996⁷⁷⁴. La différence entre un procès par contumace et la procédure 61 était l'absence d'une décision finale contraignante parce que les coupables recherchés étaient jugés après leur extradition au TPIY⁷⁷⁵. La procédure 61 était une solution à cheval entre deux traditions de droit, avec d'une part le droit anglo-saxon qui s'opposait à un procès par contumace en vertu du principe des droits de la défense et d'autre part du droit continental qui soutenait l'application de la contumace pour la stigmatisation des criminels de guerre, ces effets psychologiques sur les victimes et l'attention des médias⁷⁷⁶. C'est pourquoi, Goldstone a décidé de mettre en accusation Karadzic et Mladic juste avant les négociations de paix de Dayton. Par ailleurs, il a eu recours à la procédure 61 pendant la phase initiale de l'implémentation de Dayton pour stigmatiser ces deux criminels de guerre aux yeux de l'opinion publique. Kofi Annan a aussi fait référence à l'évolution de la position du TPIY dans les médias dans le rapport annuel du TPIY en 1997. Il a expliqué cette évolution par des facteurs internes et externes et la tenue, entre 1995 et 1996, d'un certain nombre d'audiences au titre de l'Article 61 du Règlement. Parmi les facteurs internes figuraient la publication, jusqu'à la seconde moitié de l'année 1996 de plusieurs actes d'accusation⁷⁷⁷. Le procureur a dû utiliser différents instruments pour renforcer le TPIY au lendemain de Dayton face à l'absence d'une force d'arrestation, à la passivité de l'IFOR au début et à la non-collaboration des Etats dans la région. 1997 a ainsi été un tournant dans le renforcement du TPIY avec le commencement des arrestations par l'IFOR.

Les hésitations de l'IFOR étaient liées à l'inaction des hommes politiques ainsi qu'aux craintes des militaires. Un commandement de l'IFOR a affirmé que les forces étaient allées en Bosnie sans listes ou photographies des criminels de guerre mis en accusation et que ces informations n'ont été disponibles seulement qu'à partir de

⁷⁷³ Article 61 sur la Procédure en cas d'inexécution d'un mandat d'arrêt du Règlement de procédure et de preuve du TPIY, p.49, http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_fr.pdf, consulté 27.12.2017

⁷⁷⁴ Procureur c. Radovan Karadzic et Ratko Mladic, IT-95-5-R61/IT-95-18-R61, 11 juillet 1996, Procureur c. Ivica Rajic alias Victor Andric, IT-95-12-R61, 13 septembre 1996, Procureur c. Mrksic, Radic, Sljivancanin, IT-95-13-R61, 3 avril 1996, Procureur c. Martić, IT-95-11-R61, 8 mars 1996, Procureur c. Nikolic, IT-94-2-R61, 20 octobre 1995

⁷⁷⁵ Alexandra B. Stankovic, « Guilty Until Proven Guilty :Rule 61 of the ICTY », *Cleveland Marshall College of Law*, 2010, p.1

⁷⁷⁶ Pierre Hazan, op. cit., p.127

⁷⁷⁷ Quatrième rapport annuel du TPIY, A/52/375-S/1997/729, le 18 septembre 1997, p.33, http://www.icty.org/x/file/About/Reports%20and%20Publications/AnnualReports/annual_report_1997_fr.pdf, consulté le 27.12.2017

janvier 1996. Selon l'IFOR, le TPIY ne pouvait procurer que 15 photographes floues des 52 criminels de guerre et que même les avis de recherche de l'IFOR ne concernaient que 17 personnes sur les 52 criminels recherchés⁷⁷⁸. Malgré toutes les excuses avancées par l'IFOR comme celui de John Shalikashvili, Chef d'état-major des armées des États-Unis qui affirmait au Congrès américain que l'OTAN ne possédait pas d'informations sur les allées et venues des criminels de guerre, les arrestations des criminels de guerre par les forces internationales ont commencé en juin 1997 avec la capture de Slavko Dokmanovic.

Slavko Dokmanovic, ancien maire de Vukovar mis en accusation pour infractions graves aux Conventions de Genève de 1949, violations des lois ou des coutumes de la guerre et crimes contre l'humanité a été arrêté par la mission de l'ATNUSO (Administration transitoire des Nations Unies pour la Slavonie orientale, la Baranja et le Srem occidental) en Slovanie orientale en Croatie. Cette première arrestation des forces internationales a donc été réalisée par l'ONU.

Suite au succès de cette opération, l'IFOR a, à partir de l'été 1997, entamé les arrestations. Le 21 décembre 1996, la SFOR (Force de stabilisation) a remplacé l'IFOR, transformant ainsi la mission de l'OTAN du maintien de la paix à la stabilisation de la paix. D'abord, les forces britanniques de la SFOR ont arrêté, chez lui, le 10 juillet 1997, Milan Kovacevic, Président du Conseil exécutif de la municipalité Prijedor. Il a été mis en accusation pour crimes de génocides en raison du rôle qu'il avait joué dans la planification, l'organisation et l'exécution des camps de détention comme ceux d'Omarska, de Keraterm et de Trnopolje. Cette arrestation a été suivie le 18 décembre par celle de Vlatko Kupreskic par les forces hollandaises. Il a été mis en accusation pour avoir persécuté les habitants musulmans de Bosnie d'Ahmici-Santici et des environs pour des raisons politiques, religieuses et raciales. Une autre arrestation fut celle d'Anto Furundzija, accusé de tortures et atteintes à la dignité humaine y compris le viol⁷⁷⁹. Les militaires américains de la SFOR ont continué cette vague d'arrestations entamée. Goran Jelusic, serbe de Bosnie, chargé du camp de détention Luka dans la municipalité de Brcko a été arrêté en janvier 1998, accusé du meurtre des membres d'un groupe, de traitements cruels, de pillages, d'actes

⁷⁷⁸ Gary Jonathan Bass, *Stay the Hand of Vengeance*, p.252

⁷⁷⁹ Voir Procureur c. Anto Furundzija, IT-95-17/1, <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/ind/fr/fur-1ai980602f.pdf>, consulté le 28.12.2017

inhumains. Les forces américaines ont aussi arrêté, en décembre 1998, Radislav Krstic, général serbe de Bosnie qui était responsable du génocide de Srebrenica de 1995.

Payam Akhavan explique ce changement d'attitude de la SFOR à partir de l'année 1997 par la détermination des forces sur le terrain. Il explique que les forces sur le terrain avaient compris que la non-arrestation des figures politiques mis en accusation mettait en danger la stabilité de la région⁷⁸⁰. Quant à Klarin, ce changement d'attitude de la communauté internationale s'expliquerait par le changement de pouvoir dans les affaires étrangères américaines et britanniques. En effet, ces postes étaient désormais confiés à Madeline Albright aux Etats-Unis en janvier 1997 et à Robin Cook en Grande Bretagne suite à la victoire de Tony Blair en mai 1997. Pour Goldstone, Albright était la marraine de tous les tribunaux ad-hoc en raison de tous les efforts qu'elle avait fournis pour le TPIY durant son mandat d'ambassadrice auprès des Nations-Unies. Parallèlement, les mesures prises par l'administration Blair pour l'arrestation par l'OTAN des criminels de guerre étaient tout autant remarquables. Ce changement d'attitude des deux grandes puissances a encouragé la communauté internationale à faire de même⁷⁸¹.

L'augmentation en 1997 du nombre des arrestations des criminels de guerre ne serait pas suffisante à elle seule pour décrire le changement d'attitude de la SFOR. La transformation de la stratégie du TPIY avec la nomination, en octobre 1996, de Louise Arbour comme procureur du TPIY a certes joué un rôle important dans le renforcement du Tribunal dès 1997. La stratégie d'Arbour se fondait sur les actes d'accusation confidentiels contrairement à celle de Goldstone qui visait à stigmatiser les coupables mis en accusation aux yeux de la communauté internationale via la procédure 61. Selon Arbour, la procédure 61 pouvait changer la nature du Tribunal passant d'un instrument judiciaire rétributive à un instrument restaurateur basé sur les archives⁷⁸². Arbour expliquait les avantages que comportaient les actes d'accusation confidentiels pour la communauté internationale et plus particulièrement pour les forces de l'OTAN. L'effet de surprise assuré grâce à la confidentialité pouvait devenir une arme pour les forces de l'OTAN facilitant ainsi l'arrestation des criminels de guerre qui n'étaient pas au courant des actes d'accusation émis à leur sujet. Cette manœuvre éliminait ainsi les

⁷⁸⁰ Paul R. Williams et Micheal P. Scharf, op. cit., p.219

⁷⁸¹ Mirko Klarin, "The Tribunal's Four Battles", *Journal Of International Criminal Justice*, 2, 2004, p.551-552

⁷⁸² Pierre Hazan, op. cit., p.152

possibles risques de représailles⁷⁸³. Les arrestations citées plus haut et exécutées par la SFOR n'ont été possibles qu'avec ce caractère confidentiel des actes d'accusation.

La coopération des Etats de l'ex-Yougoslavie était primordiale pour un renforcement adéquat du TPIY. L'approbation du TPIY par le peuple local était essentielle pour son impact en matière de la justice transitionnelle. Pourtant la coopération entre les Etats ne pouvait pas être assurée aussi facilement. La politique du bâton et de la carotte a été utilisée par la communauté internationale à la lumière des incitations économiques et de l'Union Européenne. L'instrumentalisation des incitations économiques et l'ouverture de la voie d'une éventuelle adhésion à l'UE autrement dit de l'intégration à la communauté internationale au service de la justice et à long terme au service de la paix a concrétisé le renforcement du TPIY.

A première vue, la stratégie d'Arbour n'a pas été très bien accueillie par la communauté internationale. Même Antonio Cassese, premier Président du TPIY, a insisté pour que les actes d'accusation soient rendus publics et la Russie s'est opposée à des actes confidentiels car ils risquaient d'empêcher la coopération des Etats de la région. Arbour avait souligné le manque de coopération, particulièrement entre la République serbe de Bosnie et la République fédérale de la Yougoslavie et leur réticence d'arrêter les criminels de guerre⁷⁸⁴. Tandis que les actes confidentiels d'accusation ont changé l'attitude de la communauté internationale concernant les arrestations, ils n'ont pourtant pas eu d'effets directs sur celle des Etats de la région envers le TPIY. C'est pourquoi la communauté internationale a eu recours aux incitations économiques et à l'adhésion à l'UE pour assurer la coopération des Etats dans la région.

La résolution 1022 adoptée le 22 novembre 1995 par le Conseil de sécurité juste après les accords de Dayton prévoyait la suspension des sanctions économiques de la résolution 757 en mai 1992 et de la résolution 787 en novembre 1992. Le Haut Représentant et le commandant de la force internationale étaient en droit, selon la dite-résolution d'évaluer l'application ou non des obligations découlant des accords de paix par les Etats successeurs de l'ex-Yougoslavie. La suspension des résolutions 757 et 787 pouvait prendre fin par un rapport présenté au Secrétaire général de l'ONU et préparé par les dites-autorités concernant les violations des dispositions découlant des

⁷⁸³ Ibid., p.158

⁷⁸⁴ Ibid., p.160

accords de paix comme la coopération avec le TPIY⁷⁸⁵. Carl Bildt, Haut Représentant Responsable de la Coordination des Aspects Civils de l'Accord de Paix pour l'ex-Yougoslavie et Leighton Smith, commandant des forces internationales à l'époque n'ont pas eu recours à ce mécanisme pour rapporter le refus de coopération de la République serbe de Bosnie et de la République fédérale de Yougoslavie. Williams et Scharf expliquent ce non-recours par les hésitations personnelles des deux autorités, l'ambiguïté du texte de la résolution concernant le manque des obligations et la fin de la suspension de toutes les résolutions prévues par la résolution 1022⁷⁸⁶.

Malgré l'existence d'une résolution sur la réimposition des sanctions économiques en cas de non-coopération avec le TPIY comme prévu par le préambule de la résolution 1022, la non-coopération de la République serbe de Bosnie et de la République fédérale de Yougoslavie se situait dès 1996 dans les rapports annuels successifs du Secrétaire général de l'ONU. Par exemple, le rapport de 1996 se penchait sur les niveaux variés de coopération entre les Etats. Alors que d'une part le rapport promouvait la coopération de la République de Bosnie-Herzégovine, d'autre part aucune critique n'était pourtant dirigée à l'occupation des fonctions officielles par des personnes mises en accusation⁷⁸⁷. Dans ce cadre, le rapport de 1997 dressait une liste des accusés qui exerçaient encore des responsabilités publiques ; Zeljko Meakic (accusé de génocide), Mladen Radic (accusé de crimes contre l'humanité et des violations de lois et coutumes de la guerre), Nedeljko Timarac et Miloslav Kvocka (accusés de crimes contre l'humanité et des violations des lois et des coutumes de la guerre) et des policiers dans la région de Prijedor en République serbe de Bosnie. Foca et Prijedor sont des municipalités essentielles victimes de crimes contre l'humanité. Pourtant malgré les obligations découlant des accords de Dayton excluant des fonctions électives et publiques les personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes

⁷⁸⁵ Resolution 1022(S/RES/1022) adoptée à 3595^e séance par le Conseil de sécurité le 22 novembre 1995, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1022\(1995\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1022(1995)), consulté 01.01.2018

⁷⁸⁶ Paul R. Williams et Micheal P. Scharf, op.cit., p. 226

⁷⁸⁷ Troisième rapport annuel du TPIY, A/51/292- S/1996/665, le 16 août 1996, p.42, http://www.icty.org/x/file/About/Reports%20and%20Publications/AnnualReports/annual_report_1996_fr.pdf, consulté le 01.01.2018

de guerre, dans la pratique ce principe n'a pas été respecté par la République serbe de Bosnie⁷⁸⁸.

A titre indicatif il serait pertinent de noter que le Président de l'époque Biljana Plavsic avait envoyé, en janvier 1997, une lettre et un mémorandum au Secrétaire général et à tous les membres du Conseil de sécurité affirmant que la République serbe de Bosnie ne déférerait pas en justice Karadzic et Mladic sous prétexte qu'un tel procès n'était pas conforme au mandat constitutionnel du TPIY. Soulignons que Plavsic a été, en février 2003, à son tour condamné à 11 ans de prison pour persécutions politiques, raciales et religieuses. Cet incident a montré une fois de plus que la constitution des serbes de Bosnie interdisait explicitement l'extradition des citoyens serbes devant les tribunaux internationaux. Pourtant, les accords de Dayton, signés par la République fédérale de Yougoslavie au nom de la République serbe de Bosnie, rendaient obligatoire la coopération avec le TPIY. Tous ces actes de la République serbe de Bosnie incompatibles avec les accords de Dayton ont été analysés dans le rapport du Secrétaire général de l'ONU⁷⁸⁹. Bien que la communauté internationale n'eût pas de préférences particulières pour la réimposition des sanctions économiques, elle a tout de même organisé un sommet d'aide pour la reconstruction de la Bosnie-Herzégovine de 1996 à 1999. L'utilisation du mécanisme de la réimposition des sanctions économiques n'a pas été préférée par la communauté internationale qui commença à organiser un sommet d'aide pour la reconstruction de la Bosnie-Herzégovine à partir de 1996 jusqu'à 1999.

L'idée d'une assistance conditionnelle et d'une aide économique en échange d'une coopération avec le TPIY a été élaborée au premier sommet de Londres en 1996. Malgré la diffusion d'un rapport annuel pessimiste en 1996 et la déclaration faite par le Président de la République serbe de Bosnie en janvier 1997, une aide de 3,1 milliards de dollars a tout de même été accordée à la Bosnie-Herzégovine. La grande majorité de l'aide, à savoir 85%, a été octroyée à la Fédération croato-musulmane et la République serbe de Bosnie n'a pu obtenir que 15% de l'aide économique. Suite à la décision prise par la République serbe de Bosnie de coopérer avec le TPIY, il fut décidé au sommet de Bruxelles en 1998 qu'une aide additionnelle de 1,25 milliards de

⁷⁸⁸Quatrième rapport annuel du TPIY, A/52/375-S/1997/729, le 18 septembre 1997, p.35p.http://www.icty.org/x/file/About/Reports%20and%20Publications/AnnualReports/annual_report_1997_fr.pdf, consulté le 01.01.2018

⁷⁸⁹ Ibid. p.45

dollars lui serait octroyée. L'ouverture d'un bureau du TPIY à Banja Luka et l'annonce que les personnes mises en accusation se rendraient au TPIY ont changé le cours des événements⁷⁹⁰.

L'assistance économique conditionnelle dont il est question a joué un rôle important concernant l'extradition de Slobodan Milosevic à La Haye le 29 juin 2001. Milosevic n'avait pas été mis en accusation après la guerre de Bosnie, il avait même pris part aux négociations des accords de Dayton en tant qu'interlocuteur de la République serbe de Bosnie et de la République fédérale de la Yougoslavie. La mise en accusation de Milosevic aurait pu être réelle le 24 mai 1999 au cours de la guerre du Kosovo qui éclata le 6 mars 1998 et dura jusqu'au 10 juin 1999. Pour la première fois, un président en exercice a été mis en accusation par un tribunal pénal pour avoir commis des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité.

La guerre au Kosovo débuta suite à la pression exercée par la République fédérale de Yougoslavie sur les Albanais du Kosovo. La République eut recours aux instruments bureaucratiques pour la purge des fonctionnaires albanais, à savoir leur exclusion des entreprises publiques, leurs arrestations et leurs détentions arbitraires, leurs déplacements forcés et enfin la torture. La population d'origine albanaise qui créa en 1991 sa force de résistance, l'Armée de libération du Kosovo (UÇK) l'utilisa donc comme force prioritaire pendant la guerre du Kosovo. Le TPIY avait déclaré sa compétence au Kosovo juste après l'éclatement de la guerre le 10 mars 1998. D'ailleurs le TPIY, renforcé par l'appui de la communauté internationale à partir de 1996, a été considéré comme un instrument dissuasif avant l'intensification de la guerre. Dans ce cadre, la communauté internationale pensa que la menace d'une possible mise en accusation de Milosevic empêcherait l'accélération de la guerre⁷⁹¹.

Le procureur Arbour, qui avait l'intention de préparer un acte d'accusation concernant les graves crimes commis par Milosevic, n'a pas pu obtenir de visa pour entamer une enquête sur place, refus qui retarda automatiquement la mise en accusation de Milosevic. L'absence d'une disposition concernant la compétence du TPIY dans le nouvel accord de cessez-le-feu signé le 13 octobre 1998 entre Milosevic

⁷⁹⁰ Paul R. Williams et Micheal P. Scharf, op.cit., p.230

⁷⁹¹ Pierre Hazan, op.cit, p.185-187

et Holbrooke a été mise en avant. Pourtant, il semble être en contradiction avec la résolution 1160 du Conseil de sécurité qui engage le TPIY comme suit :

« le Bureau du Procureur du Tribunal international créé en application de la résolution 827 (1993) du 25 mai 1993 a commencé à rassembler des informations concernant les actes de violence au Kosovo qui pourraient être de la compétence du Tribunal et note que les autorités de la République fédérale de Yougoslavie ont l'obligation de coopérer avec le Tribunal et que les pays membres du Groupe de contact communiqueront au Tribunal les informations pertinentes dignes de foi dont ils disposent »⁷⁹².

La République fédérale de la Yougoslavie a continué d'empêcher les travaux d'enquête du TPIY au Kosovo. A titre indicatif, la République fédérale de la Yougoslavie a une fois de plus rejeté la demande d'enquête du procureur Arbour après le massacre de Racak en date du 15 janvier 1999 où 45 Albanais ont été tués par la police serbe, alors qu'elle était venue jusqu'à la frontière macédoine. A ce sujet, les Serbes avaient déclaré que les Albanais tués étaient des militants de l'Armée de la libération du Kosovo. William Walker, chef de la mission des observateurs de l'OSCE qui avait pu inspecter les lieux du massacre, avait fait appel pour garantir l'intervention du TPIY contre les crimes comme la détention arbitraire, les exécutions extrajudiciaires et la mutilation des civils désarmés par les forces spéciales de la police et de l'armée serbes⁷⁹³. Comme conséquence de cette démarche, Walker a par la suite été déclaré *persona non grata* par la République fédérale de la Yougoslavie. Les appels pour une intervention du TPIY ne se limitaient pas à l'OSCE. En effet, cent mille signatures ont été obtenues pour faire appel au TPIY pour inculper Slobodan Milosevic⁷⁹⁴. Le TPIY était désormais un acteur légitime et légal international aux yeux de la communauté internationale; sa compétence ne pouvait pas être remise en question.

Les négociations de Rambouillet menées entre la République fédérale de la Yougoslavie et le Kosovo ont commencé un mois après le massacre de Racak en février 1999. Elles n'ont pas pu aboutir sur un accord en raison de l'attitude négative de la République fédérale de la Yougoslavie et l'opération « Force alliée » de l'OTAN qui

⁷⁹²Resolution 1160 adoptée à 3868e séance par le Conseil de sécurité le 31 mars 1998, p.4, [http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1160\(1998\)](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=S/RES/1160(1998)), consulté 03.01.2018

⁷⁹³ Pierre Hazan, op. cit., p.199

⁷⁹⁴ Ibid., p.205

entama une campagne aérienne sans la résolution du Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII. /Bien que le TPIY n'ait pas su jouer un rôle dissuasif pour empêcher l'éclatement de la guerre du Kosovo, l'acte d'accusation en date du 24 mai 1999 a nui à la réputation de Milosevic même si ce dernier est resté au pouvoir jusqu'en 2000. L'acte d'accusation n'a pas eu d'impacts imminents et Milosevic a continué à occuper le poste de Président de la République jusqu'en octobre 2000, alors que Arbour cédait sa place à son homologue Carla Del Ponte et prenait ses nouvelles fonctions pour un siège à la Cour suprême du Canada. Des instruments additionnels tels que les incitations économiques, et la perspective d'adhésion à l'UE étaient nécessaires pour garantir la coopération de la République fédérale de Yougoslavie avec le TPIY.

L'opération de l'OTAN a affecté négativement la réputation de Milosevic au sein du peuple serbe et cette situation a eu un impact direct sur les résultats obtenus aux élections en septembre 2000. Vojislav Kostunica, le candidat choisi par l'Opposition démocratique de Serbie composée de 18 partis politiques incluant le Parti démocratique(DS), le Parti démocratique de Serbie(DSS) a remporté les élections et il a été élu nouveau président de la République fédérale de Yougoslavie. L'appel de la commission fédérale d'élection pour un deuxième tour a provoqué la révolte des Serbes dans plusieurs villes de la Serbie pour protester Milosevic, résistant à quitter le pouvoir⁷⁹⁵. L'armée serbe ayant collaboré avec les rebelles, il ne restait plus qu'à Milosevic et à la Cour constitutionnelle d'accepter la victoire de Kostunica en octobre 2000. Bien que cette victoire fut appréciée par la communauté internationale, Kostunica déclara à son tour ne pas avoir l'intention de coopérer avec le TPIY ainsi que d'extrader Milosevic ou d'autres criminels de guerre au TPIY. Dans cette perspective, une disposition spéciale pour la République fédérale de Yougoslavie concernant l'assistance économique conditionnelle des Etats-Unis en échange de la coopération avec le TPIY a été imposée par la sénateur McConnell dans la loi de finances en 2001. La dite-loi imposait que la Serbie coopère avec le TPIY jusqu'au 31 mars 2001 incluant aussi l'accès des enquêteurs aux lieux de la guerre ainsi que l'arrestation et l'extradition des criminels de guerre, le cas échéant les Etats-Unis étaient en droit de suspendre toute assistance économique à la Serbie et de bloquer les aides découlant des institutions économiques internationales comme la Banque

⁷⁹⁵ Paul R.Williams et Micheal P. Scharf, op., cit., p.231

mondiale ou le FMI⁷⁹⁶. Cela dit, malgré ces tentatives diplomatiques, Milosevic n'a pu être arrêté que le 1er avril 2001. Afin de garantir une coopération complète avec le TPIY, le Secrétaire d'Etat américain Colin Powell avait promis une aide additionnelle de 1 milliards de dollars à la conférence des donateurs internationaux à Bruxelles. Finalement, malgré l'opposition du président Kostunica, l'extradition de Milosevic au TPIY a été approuvée par Zoran Djindjic, élu en tant que premier ministre de l'Opposition démocratique de Serbie après les élections de 2000. En raison de cette attitude pro-occidentale et de sa lutte contre les crimes organisés il sera assassiné le 12 mars 2003 par un tireur lors d'un sommet avec le ministre suédois des Affaires étrangères. L'aide additionnelle de 1,28 milliards de dollars a été approuvée pendant la conférence du 29 juin 2001 à condition du transfert de Milosevic à La Haye⁷⁹⁷. Pourtant, malgré l'extradition de Milosevic, la République fédérale de Yougoslavie continua de refuser une complète coopération avec le TPIY accusant ce dernier d'être partial en raison de la multitude des criminels de guerre serbes qui y sont jugés. Les dites-subsidations économiques ont ainsi rendu possible l'arrestation de l'un des criminels de guerre les plus importants permettant au TPIY de prouver que même les chefs d'Etat n'ont pas d'immunités en cas d'accusation pour avoir commis des crimes de guerre.

L'assistance économique conditionnelle a été plus efficace en Croatie qu'en République serbe de Bosnie et en République fédérale de Yougoslavie. A l'époque, malgré l'existence en Croatie d'un bureau du procureur du TPIY depuis 1994, les criminels de guerre n'étaient pourtant pas arrêtés. Ce n'est qu'après la visite de Madeleine Albright faite au président Tudjman à Zagreb en mai 1997 à l'occasion de son tour d'Europe incluant les Etats issus de l'ex-Yougoslavie que le problème des personnes mises en accusation a été abordé sérieusement. Menaçant de bloquer les prêts accordés par le FMI et la Banque mondiale, il fut clair que l'obtention de l'aide économique dépendait directement d'une coopération avec le TPIY⁷⁹⁸. Ainsi, suivant la menace d'Albright, la Croatie consentit, le 28 avril 1997, à transférer au TPIY, Zlatko Aleksovski, commandant de la prison de Kaonik en Bosnie-Herzégovine. Les menaces formulées par les Etats-Unis ne s'arrêtèrent pas là ; les Etats-Unis pointèrent du doigt les dix Croates de Bosnie ayant pris le statut de réfugiés en Croatie. Parmi ces

⁷⁹⁶ Ibid., p.232

⁷⁹⁷ Ibid., p.233-234

⁷⁹⁸ Gary Jonathan Bass, op. cit., p.265

Croates qui s'étaient rendus volontairement le 6 octobre 1997 se trouvait aussi Dario Kordic, vice-président de la communauté croate à Herceg-Bosna⁷⁹⁹. Malgré la rhétorique nationaliste du gouvernement de Zlatko Matesa dénonçant l'échange de croates contre des prêts internationaux, ces extraditions ont été perçues comme des actes patriotiques face à la pression exercée par la communauté internationale⁸⁰⁰. L'attitude de la Croatie envers le TPIY changea de façon positive grâce aux nouveaux gouvernements pro-européens qui succédèrent à Tudjman après sa mort en décembre 1999. Ils souhaitaient fortement intégrer la communauté internationale et adhérer à l'Union européenne.

En dehors des incitations économiques, l'adhésion à l'UE est devenue un objectif précis pour les pays balkaniques. Alors que les Etats avaient certaines difficultés à interioriser le TPIY, une éventuelle adhésion à l'UE a joué un rôle important dans leur démocratisation, le développement des droits de l'homme et l'évolution des processus de justice transitionnelle au sein du TPIY.

Le processus d'adhésion nécessita l'adoption par les Etats candidats des normes et valeurs européennes. Schimmelfennig et Sedelmeier ont nommé ce mécanisme « incitations externes » car il était question que l'UE détermine les obligations à adopter par les Etats pour assurer leur adhésion à l'organisation⁸⁰¹. Les Etats issus de l'ex-Yougoslavie ont été inclus dans ce mécanisme de la conditionnalité après l'adhésion à l'UE des pays de l'Europe centrale et orientale à différents moments entre 2004 et 2007.

Les pays de la région ont été évalués dans le même cadre que ceux des Balkans occidentaux avec la Slovénie, la Bulgarie et la Roumanie. Par conséquent l'UE a entamé des programmes monolithiques visant toute la région comme le processus de Royaumont en 1996. Ce dernier qui incluait la Bosnie-Herzégovine, la Croatie, la République fédérale de Yougoslavie, la Macédoine, la Slovénie, l'Albanie, la Bulgarie, la Roumanie et la Turquie visait le rétablissement de la coopération socio-culturelle entre ces Etats dans la région pour assurer la stabilité régionale.

⁷⁹⁹ Paul R. Williams et Micheal P. Scharf, op. cit., p.231

⁸⁰⁰ Ibid.

⁸⁰¹ Frank Schimmelfennig et Ulrich Sedelmeier, "Conceptualizing the Europeanization of Central and Eastern Europe", dans *The Europeanization of Central and Eastern Europe* éd. par Frank Schimmelfennig et Ulrich Sedelmeier, Cornell University Press, 2005, New York, p.10-11

L'approche régionale initiée en 1997 prévoyait un programme spécifique concernant les Etats sortant de la guerre avec la Macédoine et l'Albanie pour améliorer les relations bilatérales entre ces Etats. Les bénéfices commerciaux et les aides économiques dans le cadre du mécanisme de conditionnalité ont été présentés aux Etats à de remplir certaines obligations prévues par l'approche régionale. Avant tout, la coopération avec le TPIY et l'extradition des criminels de guerre au TPIY étaient une condition *sine qua non* pour tous les Etats, de plus, chaque Etat devait remplir les conditions propres à leur situation politique comme la coopération avec le Bureau du Haut Représentant crée par les accords de Dayton pour sa mise en œuvre en Bosnie-Herzégovine, l'ouverture de la frontière douanière entre la Croatie et la République serbe de Bosnie ou encore le rétablissement d'un dialogue avec le Kosovo pour la République fédérale de Yougoslavie⁸⁰². Cependant, toutes ces initiatives de coopération régionale prirent fin avec l'éclatement de la guerre au Kosovo.

Après la guerre du Kosovo, la méthode de l'UE s'est transformée en une approche bilatérale se basant sur l'évaluation individuelle de chaque pays dans le cadre du processus de stabilisation et d'association en 1999. Le dit-processus commençait avec les négociations pour la signature des accords de stabilisation et d'association avec chacun des pays à savoir la Croatie, l'Albanie, la République fédérale de Yougoslavie, la Bosnie-Herzégovine et la Macédoine⁸⁰³. Pourtant les négociations d'accords ne pouvaient commencer qu'à condition que les Etats remplissent les conditions émises par l'UE. L'évaluation dépendait du rapport que donnerait la Commission européenne. Il était prévu que cette dernière présente son rapport au Conseil de l'UE. Les négociations ne pouvaient commencer qu'une fois l'obtention de l'opinion positive de ce dernier. Ce qui en réalité était très difficile pour les pays de l'ex-Yougoslavie car ils devaient remplir la condition de la coopération avec le TPIY.

L'UE qui décida, en mai 2005, de commencer les négociations d'accords de stabilisation et d'association avec la Serbie suspendit les négociations en raison du refus de la Serbie à coopérer avec le TPIY et à extraditer les criminels de guerre mis en accusation. La détermination de l'UE concernant l'exécution de la coopération avec le TPIY a été traitée dans le rapport d'avancement de la Serbie en 2007⁸⁰⁴. Tandis que

⁸⁰² http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-98-76_en.htm?locale=FR, consulté 03.01.2018

⁸⁰³ Florian Trauner, "From membership conditionality to policy conditionality: EU external governance in South Eastern Europe", *Journal of European Public*, 16:5, p.778

⁸⁰⁴ Rapport d'avancement de la Serbie 2007, SEC(2007) 1435, Brussels, 6 novembre 2007, p.4-5

l'accord de stabilisation et d'association a été signé avec la Serbie en 2008, l'UE a imposé comme condition la coopération complète de la Serbie avec le TPIY pour la ratification par les Etats membres de l'UE⁸⁰⁵. Après l'arrestation, le 20 juillet 2011, de Goran Hadzic, dernier criminel de guerre mis en accusation, le processus de ratification de l'accord a été complété le 18 juin 2013 avec la ratification de la Lituanie⁸⁰⁶. La Serbie avait présenté sa demande d'adhésion à l'UE en 2009, statut qui fut approuvé par le Conseil européen en 2012 durant le sommet de Thessalonique permettant ainsi l'ouverture des négociations avec la Serbie en 2013. Actuellement, 12 des 35 chapitres sont ouverts par la Serbie. Elle en a déjà fermé deux et planifie de fermer tous les chapitres d'ici 2022⁸⁰⁷.

Le souhait de coopération de la Serbie avec le TPIY dès 2008 était en grande partie lié au changement de gouvernement, autrement dit, au changement des élites politiques au pouvoir. Tandis que le mécanisme de conditionnalité facilitait la mission du TPIY, sans le soutien des élites politiques qui appuyèrent le dit-processus il n'y aurait pas eu autant de progrès en si peu de temps. Comme mentionné dans la première partie, la modalité de transition a eu un impact direct sur le succès de la méthode judiciaire. La création par l'ONU d'un tribunal pénal international a longtemps été critiquée par les élites politiques serbes. Kostunica qui était contre l'extradition de Milosevic durant sa présidence en 2001, s'est aussi opposé à l'extradition des serbes mis en accusation au TPIY en tant que premier ministre de la Serbie entre 2004-2008⁸⁰⁸. La présidence de Boris Tadic, homme politique pro-européen n'a eu qu'une valeur symbolique même s'il présenta lors de sa commémoration en 2005 des excuses pour le massacre de Srebrenica sans pour autant utiliser le terme de génocide⁸⁰⁹. Pourtant l'absence de l'appui institutionnel et public empêcha un traitement réel du passé par les Serbes. Depuis 2008, les gouvernements serbes qui suivent une politique visant à l'adhésion à l'UE sont maintenant en faveur d'une coopération avec le TPIY et de l'extradition des criminels de guerre en raison du mécanisme de conditionnalité.

⁸⁰⁵ Rapport d'avancement de la Serbie 2008, SEC(2008) 2698, Brussels, 5 novembre 2008, p.5

⁸⁰⁶ <http://www.mei.gov.rs/eng/serbia-and-eu/stabilisation-and-association-agreement/>, consulté le 05.01.2018

⁸⁰⁷ <http://europa.rs/serbia-and-the-eu/milestones/?lang=en>, consulté 05.01.2018

⁸⁰⁸ Florence Hartmann, "The ICTY and EU conditionality", dans *War crimes, conditionality and EU integration in the Western Balkans* ed. par Judy Batt et Jelena Obradovic-Wochnik, Institute for Security Studies, June 2009, Paris, p.74

⁸⁰⁹ Jelena Obradovic-Wochnik, "Strategies of denial: resistance to ICTY cooperation in Serbia", dans *War crimes, conditionality and EU integration in the Western Balkans* ed. par Judy Batt et Jelena Obradovic-Wochnik, Institute for Security Studies, June 2009, Paris, p.41

Dans cette perspective, dès 2008 la Serbie commença à arrêter tous les inculpés qui fuirent la justice du TPIY incluant Radovan Karadzic en mai 2008 à Belgrade et Ratko Mladic en juillet 2011 en Serbie.

Comme pour l'assistance économique conditionnelle, le mécanisme de conditionnalité de l'UE a aussi obtenu de meilleurs résultats en Croatie qu'en Serbie. Ainsi elle adhéra à l'UE en 2013. Cette évolution rapide des relations de la Croatie avec l'UE pourrait s'expliquer par l'attitude des élites politiques au pouvoir en Croatie. Tandis que les relations fluctuèrent durant la présidence de Tudjman en raison des controverses sur la coopération avec le TPIY, le paysage politique de la Croatie a bien changé depuis le décès de Tudjman en 1999.

L'élection en février 2000 de Stjepan Mesic en tant que Président de la République et l'échec de l'Union démocratique croate (HDZ), parti politique de Tudjman ouvrit la voie de l'UE pour la Croatie. Une coalition composée de six partis politiques sous la direction des sociaux-démocrates (SDP) et des libéraux sociaux (HSLs) a gagné les élections. Les négociations pour le processus de stabilisation et d'association qui ont commencé en 2000 ont abouti par la signature en 2001 d'un accord avec la Croatie⁸¹⁰. Pourtant la mise en accusation de deux importants généraux croates, à savoir Ante Gotovina en juin 2001 et Janko Bobetko en août 2002, a provoqué des tensions entre les partenaires du gouvernement⁸¹¹. Aux yeux du peuple croate ces généraux étaient considérés comme les héros de la guerre patriotique, nom donné à la guerre entre la Serbie et la Croatie. Le gouvernement croate a déclaré en novembre 2001 qu'il ne pouvait pas extraditer Gotovina parce qu'il était en fuite depuis juillet 2001. Pourtant selon le TPIY, le gouvernement avait fermé les yeux sur la fuite de Gotovina. Quant à Bobetko, le gouvernement contesta officiellement son acte d'accusation. Le processus d'accord de stabilisation et d'association a été directement affecté en raison de la non-coopération de la Croatie avec le TPIY et la ratification de l'accord a été suspendue au 15 octobre 2002⁸¹².

⁸¹⁰Dejan Jovic, "Croatia after Tudjman: The ICTY and issues of transitional justice", *War crimes, conditionality and EU integration in the Western Balkans* ed. par Judy Batt et Jelena Obradovic-Wochnik, Institute for Security Studies, June 2009, Paris, p.22

⁸¹¹Dejan Jovic, "Croatia and the European Union: A long delayed journey", *Journal of Southern Europe and the Balkans*, vol.8, no.1, p. 96

⁸¹² Ibid., p.97

L'élection parlementaire en 2003 a fait revenir au pouvoir le HDZ, c'est-à-dire le parti de Tudjman. Ce parti qui utilisait jusque-là une rhétorique nationaliste et populiste envers l'UE et le TPIY changea d'attitude une fois au pouvoir et commença à appliquer un agenda pro-européen. La Croatie qui présenta une demande d'adhésion à l'UE en 2003 obtint, en 2004, le statut de candidat. Le Conseil européen qui octroya ce statut décida, en 2005, du commencement des négociations d'adhésion à condition que le pays localise le Général Gotovina et l'extrade à La Haye⁸¹³. L'UE autorisa le procureur Carla Del Ponte d'évaluer la coopération de la Croatie avec le TPIY à partir de cette date. Autrement dit la trajectoire de la Croatie vers l'adhésion à l'UE était directement liée au TPIY. C'est pourquoi la Croatie a commencé à coopérer avec le TPIY activement par la remise de documents demandés par le TPIY, l'établissement des contacts entre l'office du procureur et les représentants du gouvernement local, la création de mécanismes au sein du gouvernement pour faciliter le suivi des demandes du TPIY⁸¹⁴. Pourtant l'absence du transfert de Gotovina à La Haye interrompu une fois de plus, en mars 2005, les relations avec l'UE qui n'accepta de reprendre les négociations que sous réserve de l'assurance par la Croatie d'une coopération complète avec le TPIY. Carla Del Ponte donna, après une visite officielle en Croatie le 30 septembre 2005, les premiers signes d'une future coopération complète puisque le gouvernement croate avait révélé que le dernier fugitif croate, Gotovina, était en Espagne. Il fut d'ailleurs arrêté en décembre 2005 aux îles Canaries. Ainsi, la Croatie qui commença les négociations en 2006 adhéra l'UE en 2013⁸¹⁵.

Les mécanismes de conditionnalité, qu'ils soient économiques ou européens ont joué un rôle important pour l'assurance de la coopération du pays avec le TPIY. Sans la pression de ces mécanismes, l'attitude des gouvernements envers le TPIY n'auraient pas changé malgré leurs politiques pro-occidentales. Comme tous les Etats avaient adopté, tout au long du processus, une position pragmatique, la coopération avec le TPIY n'a été garantie qu'une fois la possibilité de l'adhésion à l'UE leur ait été octroyée. Les tentatives de justice transitionnelle au-delà du TPIY qui ont été établies par la communauté internationale sont restées limitées. Les récits de tous les Etats issus de l'ex-Yougoslavie sont majoritairement basés sur leurs propres histoires

⁸¹³http://www.croatia.org/crown/amb-croatie.fr_rez/www.amb-croatie.fr/actualites/ue_statut_candidat_20040618.htm, consulté le 03.01.2017

⁸¹⁴ Florence Hartmann, "The ICTY and EU conditionality", p.70

⁸¹⁵ Ibid., p.71

héroïques et la victimisation. Comme il n'y avait plus de fugitif dès 2011, le TPIY commença dès lors à se concentrer sur la phase finale des démarches entreprises au niveau local concernant la réconciliation dans la région et à renforcer la capacité des mécanismes judiciaires locaux qui ont été exécutés dans la phase finale du TPIY.

Les cinq premières années du TPIY ont consisté en une recherche de légitimité parce que pour la première fois un tribunal international pénal civil avait été créé internationalement par une résolution du Conseil de sécurité. Le renforcement du tribunal n'a pu être possible qu'à partir de 1997 grâce à l'appui réel de la communauté internationale aux niveaux étatique et organisationnel via l'OTAN, l'UE, et l'OSCE car la coopération des Etats issus de l'ex-Yougoslavie ne pouvait être assurée qu'avec les mécanismes de conditionnalité. Une fois que le TPIY devint un acteur stable et légitime des relations internationales, il dû faire face à la plus importante lacune d'un instrument de justice transitionnelle, à savoir l'approbation au niveau local autrement dit l'évaluation de son second but qui était la restauration et le maintien de la paix.

La phase finale

Le Conseil de sécurité a approuvé le calendrier spécifique des résolutions 1503 et 1534, stratégies élaborées par le TPIY comme « stratégies d'achèvement des travaux » du TPIY. Cette stratégie détaillée dans le rapport du TPIY en date de juin 2002 portait sur « la situation judiciaire du TPIY et sur les perspectives de déférer certaines affaires devant les juridictions nationales. Il était prévu que le TPIY conclue ses enquêtes en 2004 et ses jugements d'instance en 2008 pour pouvoir, par la suite, fermer ses portes en 2010⁸¹⁶. Dans cette perspective, il était tout autant primordial de transférer certaines affaires devant les juridictions nationales que d'entamer un processus de délocalisation en raison de Cette stratégie se fondait donc sur deux piliers avec d'une part l'achèvement des travaux par le TPIY à une date fixée préalablement et le renforcement de la capacité des organes judiciaires pour juger les criminels de guerre et d'autre part le rétablissement des organes judiciaires capables de juger les criminels de guerre et les réformes pour les systèmes judiciaires des Etats de l'ex-Yougoslavie. Ainsi, le TPIY allait pouvoir se limiter aux criminels de guerre à haute

⁸¹⁶ Rachel Kerr, "Trials and tribulations at the ICTY", *Prosecuting War Crimes Lesson and legacies of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, Routledge, 2013, New York, 2014, p.6

responsabilité et aux dossiers des accusés intermédiaires. Dans cette perspective, les exécutants subalternes allaient être déférés aux juridictions nationales dans le cadre du processus de délocalisation sous réserve qu'elles puissent fonctionner selon les principes du droit international humanitaire⁸¹⁷.

Le dit-processus de délocalisation du TPIY avait commencé avec la phase finale sachant que les réussites majeures du TPIY telles que traduire les dirigeants en justice, contribuer au développement du droit international, déterminer la responsabilité pénale individuelle étaient en étroite relation avec son impact au niveau international. Le processus de délocalisation du TPIY pour établir un dialogue avec les victimes dans la région, expliquer les faits établis par le Tribunal, combattre la culture du déni dans la région, renforcer la capacité des institutions locales correspondaient en même temps à la phase finale. Bien que le programme de sensibilisation, en vigueur depuis 1999, avait comme objectif la transparence des jugements rendus par le TPIY aux habitants de la région dans la langue du pays, l'inclusion du renforcement des capacités des organes judiciaires en 2003 eut un impact direct considérable au niveau local. Au niveau international, il était question d'un impact indirect puisque la coopération avec le TPIY et l'arrestation des fugitives ne pouvaient à peine être assurés que par les mécanismes de conditionnalité sans aucuns signes d'approbation. C'est pourquoi, il était primordial de se concentrer au niveau local. Les autres dimensions, à savoir l'impact sur les victimes, les criminels de guerre, l'état de droit et la réconciliation nationale ne pouvaient se réaliser qu'en phase finale⁸¹⁸.

Pour finir, concernant la stratégie basée sur trois phrases, elle n'a pu être respectée que pour la première phase c'est-à-dire la clôture des enquêtes avant le 31 décembre 2004 puisque l'arrestation tardive des fugitives (Hadzic étant le dernier fugitif arrêté en 2011), la complexité des dossiers et la santé des détenus empêchèrent l'application stricte d'un calendrier spécifique⁸¹⁹.

⁸¹⁷Document S/2002/678 de l'ONU du 19 juin 2002, p.5-6, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/434/48/IMG/N0243448.pdf?OpenElement>, consulté 10.01.2018

⁸¹⁸ Janine Nataly Clark, "The Impact Question: The ICTY and the Restoration and Maintenance of Peace", dans *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, Oxford University Press, 2011, Oxford, p.57

⁸¹⁹<http://www.icty.org/fr/le-tribunal-en-bref/le-tribunal/strategie-d-ach%C3%A8vement-des-travaux-du-tpiy> consulté 10.01.2018

Le renforcement des organes judiciaires nationaux portait sur la formation des juges de la région pour leur permettre de juger les criminels de guerre dans le cadre du programme de sensibilisation et la création des mécanismes spéciaux pour les crimes de guerre dans les Etats de l'ex-Yougoslavie. Une fois la mission du TPIY terminée, il était prévu que le jugement des criminels de guerre continue au niveau local. Parmi les 161 personnes mises en accusation, seules 13 ont été transférées, le reste fut jugé par les organes judiciaires nationaux. Avant d'atteindre ce stade dans ses relations avec les organes judiciaires nationaux, le TPIY supervisait déjà depuis 1996 les arrestations et les mises en accusation par les autorités locales dans le cadre des « règles de conduite » créées par le traité de Rome et autorisant le TPIY à être la seule autorité compétente pour la mise en accusation des criminels de guerre dans le but d'empêcher les arrestations arbitraires des autorités locales. Dans cette perspective, l'arrestation d'une personne ne pouvait se réaliser qu'à condition que cette dernière soit mise en accusation par le TPIY ou en cas d'arrestation sans acte d'accusation. Autrement dit, jusqu'en 2004, la décision de mettre en accusation les criminels de guerre n'appartenait qu'au TPIY. Le rôle de supervision du TPIY a pris fin grâce à cette stratégie d'achèvement et le recours aux organes judiciaires additionnels pour une charge importante de travail a conduit le TPIY à renforcer sa capacité des mécanismes nationaux au lieu d'un double travail.

Ainsi, une section spéciale chargée des crimes de guerre a été créée au sein de la Cour d'Etat en Bosnie-Herzégovine. Celle-ci établit, en décembre 2004, au sein de l'Office du Procureur un département spécifique pour les crimes de guerre. La Cour d'Etat a été créée par le Haut Représentant pour le rétablissement de l'état de droit en Bosnie et a été effective à partir de janvier 2003. Dans l'ordre, les trois sections de la Cour portaient d'abord sur les crimes de guerre, puis sur la criminalité organisée, la délinquance financière, la corruption et enfin sur les autres formes de criminalité relevant de la compétence de la Cour⁸²⁰.

Il serait adéquat de qualifier le tribunal en Bosnie d'hybride puisque les juges et les procureurs internationaux sont en collaboration avec leurs collègues nationaux. La nationalisation de la section s'est réalisée étape par étape. Au départ, le tribunal se composait de 12 juges internationaux et de 6 juges nationaux. Alors que d'une part le

⁸²⁰<http://www.icty.org/fr/outreach/renforcement-des-capacites-nationales/d%C3%A9veloppement-des-instances-judiciaires-nationales>, consulté 12.01.2018

personnel international assurait l'impartialité aux yeux du public bosniaque, d'autre part les juges et les procureurs internationaux transféraient leurs expertises aux professionnels de droit au niveau local. Malgré l'inclusion temporaire pendant 5 ans du personnel international jusqu'en 2009, elle a été renouvelée jusqu'en 2012 avec la décision exécutive du Haut-représentant de Bosnie-Herzégovine⁸²¹. Tous les juges internationaux n'ont été remplacés par leurs homologues nationaux qu'en 2012.

Le TPIY commençait à transférer les dossiers des personnes mises en accusation dans le cadre de l'Article 11 bis du Règlement et de Preuve du TPIY qui réglementait le renvoi de l'acte d'accusation devant une autre juridiction. Cela consistait à l'envoyer à l'Etat compétent du territoire sur lequel le crime a été commis et où l'accusé a été arrêté. Afin d'assurer le déroulement d'un procès équitable, certains critères obligatoires comme l'abolition de la peine de mort devaient être respectés⁸²². Dans ce cadre six des dix dossiers ont été renvoyés à la Section des crimes de guerre au sein de la Cour d'Etat de Bosnie-Herzégovine⁸²³. Pourtant le TPIY n'a pas cessé de superviser et la mission de l'OSCE en Bosnie-Herzégovine a créé une section spéciale pour contrôler la capacité des organes nationaux au cours des dossiers de 11 bis⁸²⁴. Alors que le TPIY était l'acteur principal du renforcement de la capacité des organes nationaux, les organes régionaux et internationaux comme l'OSCE, l'UE et l'ONU ainsi que les organisations non-gouvernementales ont également contribué au processus.

En dehors des dossiers de l'Article 11 bis, le TPIY a transféré les dossiers examinés qui ne pouvaient pas passer à la phase de l'acte d'accusation. D'ailleurs, les actes d'accusation dans le cadre des « Règles de conduite » ont été renvoyés aux autorités locales en octobre 2004. Sur 877 dossiers, le TPIY en approuva 202 qui furent jugés par la Section des crimes de guerre⁸²⁵. Le reste a été transféré aux procureurs cantonaux. La Bosnie s'est préparée à ce processus de transfert par l'adoption, en 2003, d'un nouveau code pénal pour l'établissement de la compétence

⁸²¹ Olga Martin-Ortega et Johanna Herman, "Hybrid Tribunals & Rule of Law Notes from Bosnia & Herzegovina & Cambodia", *JAD-PbP Working Paper*, No.7, May 2010, p.9

⁸²² Voir l'article 11 bis du Règlement et de Preuve du TPIY, http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032_Rev43_fr.pdf, p.8, consulté 12.01.2018

⁸²³ Diane F. Orentlicher, *That Someone Guilty be Punished*, Open Society Justice Initiative, 2010, New York, p.118

⁸²⁴ Ibid., p.119

⁸²⁵ Ibid., p.122

exclusive de la Cour d'Etat sur les crimes de guerre. De plus, le Conseil des ministres, avec l'appui de l'OSCE, du Haut-Représentant et de l'UE a adopté, en décembre 2008, une stratégie nationale sur les crimes de guerre. L'adoption de cette stratégie était directement liée à la répartition des dossiers entre les organes judiciaires au niveau de l'Etat et des entités. Selon cette stratégie, les dossiers seraient distribués selon leur complexité déterminée en examinant la gravité des violations, la capacité et le rôle des coupables, la corrélation entre les dossiers, l'intérêt des victimes et la conséquence des violations sur la communauté locale⁸²⁶.

En Croatie, la poursuite des criminels de guerre s'est effectuée par la création de quatre chambres au sein des tribunaux ordinaires des cantons de Zagreb, d'Osijek, de Rijeka et de Split. Quant à la protection des témoins, elle a été assurée par l'adoption, en octobre 2003, d'une loi. Le Ministère de la justice a même créé une section pour venir en aide aux témoins et aux personnes participant aux poursuites des crimes de guerre. Avec l'appui de l'UE, de la Banque Mondiale et du TPIY, la Croatie a entrepris les réformes nécessaires pour le renforcement de la capacité judiciaire à commencer par une révision du code pénal en 2004⁸²⁷. Malgré ces réformes, le rapport de Documenta (ONG, *Centre for Dealing with the past*) publié en 2006 pointa du doigt les quatre problèmes importants concernant les juridictions nationales en Croatie. Dans l'ordre, les personnes mises en accusation étaient majoritairement Serbes, les procès par contumace étaient critiqués, malgré les dispositions prises pour les témoins ceux-ci courraient le risque de menaces ou d'assassinats comme dans le procès de Branimir Glavas, commandant croate de la défense d'Osijek où les témoins importants étaient menacés par la publication de leurs noms et de leurs témoignages dans les médias et pour finir, la représentation légale des victimes était encore problématique selon le rapport de 2006⁸²⁸. Encore aujourd'hui certains de ces problèmes ont été abordés dans le rapport de 2016 concernant notamment l'observation des procès de crimes de guerre. Environ un tiers des procès ont lieu par contumace, problème important de la justice croate. De plus, la participation à la guerre patriotique en tant que partie de la

⁸²⁶ Olga Martin-Ortega, « Beyond the Hague Prosecuting war crimes in Bosnia and Herzegovina », *Prosecuting War Crimes Lesson and legacies of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, ed. par James Gow, Rachel Kerr et Zoran Pajic, Routledge, 2013, New York, 2014, p.124

⁸²⁷ <http://www.icty.org/fr/outreach/renforcement-des-capacites-nationales/d%C3%A9veloppement-des-instances-judiciaires-nationales>, consulté 12.01.2017

⁸²⁸ Rapport de Documenta sur la justice transitionnelle dans les pays de l'ex-Yougoslavie(2006), p.10, <http://recom.link/wp-content/uploads/2014/12/Transitional-Justice-in-Post-Yugoslav-Countries-2006.pdf>, consulté 12.01.2018

défense croate était acceptée comme une circonstance atténuante pour la réduction des peines d'emprisonnement des Croates. Ces exemples montrent bien que l'attitude privilégiée envers les Croates continue encore à l'heure actuelle dans les procès judiciaires⁸²⁹. Le rapport de 2016 spécifiait que la qualité des procès des crimes de guerre ainsi que les autres instruments de justice transitionnelle n'étaient pas suffisants à eux-seuls pour rendre justice, établir les faits, reconnaître la souffrance des victimes et assurer la réconciliation nationale⁸³⁰.

La Chambre chargée des crimes de guerre au sein du Tribunal du district de Belgrade a été créée en 2003 par la Serbie. Contrairement à la Bosnie-Herzégovine, bien que le TPIY n'était pas directement responsable de la création de cette chambre, la stratégie d'achèvement a tout de même rendu obligatoire pour les dossiers de l'Article 11bis l'établissement d'un tel mécanisme. La Chambre a commencé à être effective à partir d'octobre 2003 avec un Procureur spécial et un Service d'enquête pour les crimes de guerre au sein du Ministère de l'intérieur⁸³¹. Bien que le TPIY n'ait pas joué un rôle direct concernant l'établissement de cette chambre, il a tout de même créé le contexte nécessaire pour la création d'une juridiction nationale pour les crimes de guerre. L'atmosphère politique post-Milosevic a aussi contribué à la mise en place d'une telle initiative par le gouvernement de Kostunica. L'assassinat du premier ministre, Zoran Djindjic, en mars 2003, a aussi joué un rôle important pour l'approbation de la création de la Chambre. La création d'une telle chambre ne s'est pas heurtée à de grandes difficultés vues que les Serbes étaient plus favorables au jugement des criminels de guerre par une juridiction nationale que par le TPIY⁸³².

La coopération entre le TPIY et la Chambre en Serbie commença avec le transfert de preuves et continua avec celui du « savoir-faire ». Pourtant il y avait des problèmes dans le fonctionnement de la Chambre. Pourtant, certains problèmes persistèrent dans le fonctionnement de la Chambre. Le jugement des responsables à

⁸²⁹ Rapport annuel de Documenta(Center for Dealing with the Past Centre for Peace, Nonviolence and Human Rights – Osijek), 2016, <https://www.documenta.hr/assets/files/Godisnji%20izvjestaji/Annual-report-2016-a.pdf>, p.14-15, consulté 12.01.2018

⁸³⁰ Ibid., p.5

⁸³¹ International Center of Transitional Justice, “ Serbia and Montenegro: Selected Developments in Transitional Justice”, Case Study Series, October 2004, p.5, https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-FormerYugoslavia-Serbia-Developments-2004-English_0.pdf, consulté 15.01.2018

⁸³² Diane F. Orentlicher, *Shrinking the Space for Denial*, Open Society Justice Initiative, Mars 2008, New York, p.47,

haut niveau des crimes de guerre n'était pas de la responsabilité des juridictions nationales. Vladimir Vukcevic, procureur des crimes de guerre à l'époque, émis certaines réserves sur le sujet en projetant l'éventuelle réaction de la population en cas d'un tel procès contre Ratko Mladic ou Vojislav Seselj⁸³³. La réticence du Service d'enquête à collaborer avec la Chambre dépendait du rôle que joua la police durant la guerre. En effet, le processus de lustration fit en sorte que les responsables présumés des crimes de guerre restèrent au pouvoir tant dans le secteur de la police que dans le secteur judiciaire. Comme la Cour suprême serbe était composée de juges nommés par Milosevic, le renforcement de la capacité judiciaire nationale ne pouvait commencer que par un processus de lustration⁸³⁴. Le cas échéant, le processus de justice transitionnelle autant pour la justice que pour la sphère politique risquait d'être confronté à une résistance. La Chambre assurait aussi la normalisation du jugement des criminels de guerre et rapprochait les procédures judiciaires au niveau local⁸³⁵.

Le rapport de 2016 publié par Humanitarian Law Center, une organisation serbe non-gouvernementale concernant les procès des crimes de guerre en Serbie soulignait les lacunes concernant les poursuites dans les juridictions nationales. Premièrement, les retards injustifiés dans les poursuites des crimes de guerre étaient l'un des grands problèmes en Serbie sachant que les accusés pouvaient mourir ou perdre confiance dans le secteur judiciaire serbe et refuser de témoigner dans les procès répétés. De part ces retards, la crédibilité des juridictions serbes continuaient justement à diminuer⁸³⁶. A titre indicatif, rappelons le procès du Général serbe Novak Djukic qui a été reporté en janvier 2018 en raison de ses problèmes de santé alors qu'un expert de la question avait affirmé qu'il n'avait pas d'excuses valables pour ne pas paraître devant le juge. Dans les faits, bien que la juridiction nationale de Bosnie ait déclaré en juin 2014 Djukic comme coupable, il n'est pas allé en Bosnie pour purger sa peine de 20 années sous prétexte qu'il suivait un traitement médical en Serbie. Ce retard injustifié a été critiqué par le procureur du TPIY, Serge Brammertz⁸³⁷. Deuxièmement, la faible transparence des poursuites nationales des crimes de guerre dans les médias

⁸³³ Ibid., p.53

⁸³⁴ Ibid., p. 53-54

⁸³⁵ Ibid., p.56

⁸³⁶ Rapport de Humanitarian Law Center sur les procès des crimes de guerre en Serbie(2016), p.8-9, http://www.hlc-rdc.org/wp-content/uploads/2017/05/Izvestaj_o_sudjenjima_za_2016_eng.pdf, consulté 12.01.2018

⁸³⁷ <http://www.balkaninsight.com/en/article/tuzla-massacre-trial-delayed-again-in-serbia-01-19-2018#.WmHeQpehZ-U.twitter>, consulté 12.01.2018

empêchait la reconnaissance des faits sur les crimes de guerre par le public serbe⁸³⁸. Troisièmement, l'inefficacité de l'Office du Procureur de la Chambre chargée des crimes de guerre a été critiquée dans le cadre de l'absence des actes d'accusation en générale, pour les crimes commis durant la guerre du Kosovo, contre les plus hauts responsables et de l'absence d'une volonté politique pour juger les crimes de guerre⁸³⁹. L'absence de la volonté politique a été visible par le retard de la nomination du procureur de la Chambre chargée des crimes de guerre après la fin de la période de Vladimir Vukcevic en décembre 2015. En effet, le nouveau procureur Snezana Stanojkovic n'a pu être élu qu'en mai 2017. De plus, la glorification des criminels de guerre et leur retour dans les institutions publiques après avoir purgé la peine qui leur a été infligée par le TPIY est l'une des preuves de la résistance des élites politiques concernant les poursuites des crimes de guerre. Par exemple, Victor Seselj a été élu, en 2016, au parlement serbe et ce malgré son dossier en appel au TPIY⁸⁴⁰. Remarquons que la relation entre la Serbie et le TPIY est encore tendue en raison de la loi de modification du Code pénal adoptée par le Parlement serbe le 23 novembre 2016 interdisant le déni de la gravité du génocide, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité établis par les jugements définitifs d'un tribunal en Serbie ou de la Cour pénale internationale. Cette loi ne comportait pas les faits établis par deux des juridictions internationales les plus importantes pour la Serbie, à savoir la Cour internationale de justice et le TPIY⁸⁴¹. De plus la Serbie résiste encore à l'heure actuelle à une coopération avec le TPIY en refusant d'extrader les trois membres du Parti radical serbe. Petar Jojić, Jovo Ostojić et Vjerica Radeta sont accusés d'outrage au Tribunal pour avoir menacé, intimidé et essayé de suborner deux témoins venus déposer au procès de Vojislav Šešelj depuis 2016. Le procès a été transféré au Mécanisme résiduel pour les Tribunaux internationaux en raison de l'absence des accusés après la fermeture du TPIY en décembre 2017⁸⁴².

Comme nous l'avons mentionné auparavant dans cette section, le renforcement de la capacité judiciaire des organes nationaux faisait partie des buts de la stratégie d'achèvement. Par ailleurs le transfert des dossiers était lié au fonctionnement satisfaisant des autorités locales selon les règles du droit international humanitaire. Ce

⁸³⁸ Rapport de Humanitarian Law Center sur les procès des crimes de guerre en Serbie(2016), p.10

⁸³⁹ Ibid., p.16-18

⁸⁴⁰ Ibid., p.22-29

⁸⁴¹ Ibid., p.29

⁸⁴² <http://www.icty.org/en/action/contemptcases/27>, consulté 12.01.2018

fonctionnement pourrait être assuré par une formation du personnel local. Le TPIY a effectué des travaux pour cette formation tels que la création d'une équipe de transition par le Bureau du procureur, l'organisation de symposiums, d'ateliers et de séminaires pour le partage de l'expérience professionnelle, l'offre de stages aux procureurs serbes, croates et bosniaques pour une durée de six mois en 2009, le lancement du projet pour la Justice contre les crimes de guerre avec le Bureau des institutions politiques et des droits de l'homme de l'OSCE et l'Institut inter-régional de l'ONU pour la recherche sur la criminalité et la justice en mai 2008, la publication d'un Manuel de pratiques établis du TPIY pour décrire les pratiques les plus efficaces et les plus innovantes aux juridictions nationales⁸⁴³. Financé par l'UE, le Projet contre les crimes de guerre a certes été l'un des plus importants. Ce projet consistait à traduire les comptes rendus d'audience dans les langues locales pour leur utilisation par les juridictions nationales de la région⁸⁴⁴. Autrement dit, le savoir-faire du TPIY a été transposé aux juridictions nationales de la région ainsi que l'établissement de relations professionnelles entre le TPIY et ses homologues dans la région.

Le renforcement de la capacité judiciaire des juridictions nationales est considéré comme la contribution la plus reconnue du TPIY en matière de justice transitionnelle puisque son impact peut être directement reconnu par les communautés nationales. Elle a facilité un processus national du traitement du passé par la stratégie d'achèvement du TPIY. Si une stratégie pour l'établissement ou le renforcement des juridictions contre les crimes de guerre avait été établie depuis le début de la création du TPIY, l'impact de ce dernier au niveau local aurait pu être plus positif qu'à l'heure actuelle. Le TPIY aurait pu gérer son image au niveau local au lieu des élites politiques et des médias qui ont remis en cause sa crédibilité aux yeux de l'opinion publique. Cette absence de stratégie dans le renforcement de la capacité nationale est aussi visible dans les travaux de sensibilisation concernant l'impact du TPIY sur les victimes en 2000.

Les travaux de sensibilisation qui ont commencé en 1999 visaient à compléter la mission du TPIY au-delà de la justice au niveau local en matière de son impact sur les communautés des régions. Le TPIY a utilisé tous les instruments disponibles pour

⁸⁴³ Programme de Sensibilisation 15 ans de sensibilisation aux travaux de TPIY, ONU-TPIY, 2016, Pays-Bas, p.29-35

⁸⁴⁴ Ibid. p.30

construire un dialogue avec les communautés et raconter les faits établis par lui-même pour rétablir une réconciliation nationale dans la région. Dans cette perspective, il a ouvert des bureaux à Sarajevo, à Belgrade, à Zagreb et à Pristina pour rapprocher la communauté locale.

L'éducation de la jeunesse est un autre sujet très important à la fois pour le traitement du passé que la réconciliation nationale, autrement dit pour l'impact rétrospectif et prospectif du TPIY. Dans cette perspective, le TPIY a organisé plusieurs visites et a donné des présentations sur l'importance du travail du TPI dans les lycées⁸⁴⁵. De plus un programme de stage régional a été prévu entre 2007 et 2011 avec Youth Initiative for Human Rights, une organisation non-gouvernementale en ex-Yougoslavie pour les étudiants et les jeunes professionnels pour faire reconnaître le travail du TPIY et le droit international humanitaire. Cela consistait en un stage de cinq mois au TPIY et continuait dans une juridiction nationale chargée des crimes de guerre ou dans une organisation locale responsable des problèmes concernant les crimes de guerre⁸⁴⁶. Après la réforme en 2010 du programme de sensibilisation, un nouveau projet, le Projet éducatif pour la jeunesse, visant à éduquer les lycéens et les étudiants entre 16 et 26 ans dans les lycées et les universités de la région sur le processus de justice transitionnelle par des conférences, a été créé en 2012. Presque 4800 lycéens y ont participé dans 140 lycées concernant le rôle du TPIY avec les 4000 étudiants universitaires qui ont contribué aux 84 conférences données par le TPIY au sujet des violences sexuelles, de la notion de responsabilité du supérieur hiérarchique, de la justice transitionnelle et de la réconciliation nationale⁸⁴⁷.

Au-delà d'expliquer la mission et les travaux du TPIY à la jeunesse, il fallait aussi établir un rapprochement entre le TPIY et les populations locales. C'est pourquoi une série de conférences a été organisée sous le nom de « Rapprochement entre le Tribunal et les communautés de Bosnie-Herzégovine » dans les municipalités de Brcko, de Foča et de Konjic en 2004 ainsi que de Srebrenica et de Prijedor en 2005 pour présenter les travaux du TPIY directement aux populations affectées par les crimes de guerre. Les mêmes types de conférences ont été réalisés à Belgrade en 2006, 2007 et 2008 avec la participation de 800 personnes. En organisant au niveau local ce

⁸⁴⁵ Programme de Sensibilisation 15 ans de sensibilisation aux travaux du TPIY, p.5

⁸⁴⁶ Ibid., p.14

⁸⁴⁷ Ibid., p.10

type d'activités, le TPIY envisageait de pouvoir faire connaître du grand public ses décisions⁸⁴⁸. A l'approche de sa clôture, le TPIY s'est concentré sur son héritage en organisant, dès 2010, des conférences à ce sujet. Dans l'ordre chronologique, les conférences ont eu lieu à La Haye en 2010 et 2010, puis à Zagreb en 2012 et enfin à Sarajevo en 2012, 2013 et 2017. Tout au long de ces conférences, les différents aspects de l'héritage du TPIY ont été pris en main. Ainsi, la contribution du TPIY en matière de développement du droit international ainsi que du processus de justice transitionnelle a été le sujet principal des débats⁸⁴⁹. Tandis que le TPIY établit les faits sur les crimes de guerre, l'approbation de ces faits par les communautés régionales était certes une condition *sine qua non* pour la réconciliation nationale. C'est pourquoi le TPIY, en collaboration avec l'Humanitarian Law, une ONG serbe, a créé une réplique numérique des archives publiques du TPIY dans les langues de la région. Ces archives contribuèrent à la reconnaissance de la mission du TPIY dans la région et comme nous l'avons mentionné au-dessus, les juridictions nationales ont pu y avoir recours au cours des procès des crimes de guerre. Ce type de coopération avec les ONG régionales autrement dit l'inclusion des acteurs locaux dans le processus a ouvert la voie à l'approbation locale du TPIY. L'existence d'acteurs locaux dans le processus facilita l'approbation du TPIY.

Les médias sont un outil fondamental pour le TPIY pour faire connaître sa mission par les communautés locales. C'est pourquoi, une attention bien particulière est portée à établir de bonnes relations avec les représentants des médias régionaux. A ce sujet, notons que le personnel du TPIY a fait des entretiens spéciaux avec les médias de la région concernant la mission et l'héritage du TPIY⁸⁵⁰. De plus, plusieurs visites d'étude pour les journalistes de la région pour présenter le fonctionnement et la mission du TPIY dans le cadre du programme de sensibilisation ont été organisées. Enfin une agence de presse, du nom de SENSE a été créée, en 1998, au sein du TPIY pour couvrir les travaux du Tribunal en faisant des reportages sur les procès. Les travaux de SENSE sont disponibles dans les langues régionales. Au-delà des informations hebdomadaires, SENSE a réalisé sept documentaires sur les différents aspects des poursuites des crimes de guerre; *Triumph of Evil* (2001), *Against All Odds*

⁸⁴⁸ Ibid., p.20

⁸⁴⁹ <http://www.icty.org/en/features/legacy-conferences/icty-conference-marking-the-20th-anniversary-of-the-tribunal>, consulté 15.01.2018v

⁸⁵⁰ Ibid., p.38

(2003), *The Fugitives* (2004), *Life and Deeds of Radovan Karadzic* (2005), *Rise and Fall of General Mladic* (2005), *Beyond Reasonable Doubt* (2005) et *Sarajevo Roses-Terror in 12 Pictures* (2012)⁸⁵¹. Le TPIY a aussi réalisé des documentaires à partir de 2001 dans le cadre du programme de sensibilisation au sujet des grandes affaires et de sa contribution au droit pénal international en matière de la violence sexuelle, *Violence sexuelles et le triomphe de la justice* (2012), *les Crimes jugés par le TPIY : Prijedor* (2013), *A Travers les yeux* (2013), *Crimes jugés par le TPIY : Bosnie centrale* (2015)⁸⁵².

Le programme de sensibilisation a été critiqué pour des raisons similaires ; le renforcement de la capacité judiciaire nationale correspond à l'absence d'une stratégie de sensibilisation depuis la création du TPIY. Tandis qu'il a été considéré comme une initiative tardive, le TPIY pouvait assurer sa crédibilité et sa légitimité à partir de l'année 1997 et les travaux de sensibilisation pouvaient commencer durant la phase finale du TPIY. Autrement dit, le contexte n'était pas approprié pour faire connaître les travaux du TPIY parce qu'il avait besoin de l'appui de la communauté internationale pour bien fonctionner. Par ailleurs, les travaux de sensibilisation qui n'étaient pas financés par le budget ordinaire du TPIY, dépendaient des fonds volontaires dont une grande partie provenait de l'UE. Pourtant ces problèmes récurrents durant la pratique du programme de sensibilisation exposaient les conditions nécessaires pour la réussite d'un programme. Ces conditions pouvaient être juxtaposées comme la création d'un programme de sensibilisation en tant que partie intégrante du processus, l'inclusion des hauts responsables de l'institution, la communication dans les langues régionales, et la relation mutuelle avec les populations affectées dans la région. Le programme ne devrait pas être considéré comme un mécanisme réparateur, il a été créé pour faire connaître l'héritage du TPIY dans la région et le faire diffuser en matière de droit pénal. Il serait pertinent de noter que l'existence d'un programme de sensibilisation en tant que partie intégrante du TPIY dès le début de son fonctionnement ne pouvait pas être suffisante pour l'approbation du Tribunal par le peuple local. En effet la culture politique, la brutalité des violations des droits de l'homme et l'ultranationalisme dans la région empêchèrent la réussite du programme.

⁸⁵¹ Ibid., p.45

⁸⁵² Ibid., p.53

Il est certain que le programme visait aussi la réconciliation nationale en expliquant aux populations dans la région les faits établis par le Tribunal et la lutte contre la culture du déni et du négationnisme en Serbie et en Croatie. Malgré les efforts fournis par le TPIY dans le cadre du programme de sensibilisation, la culture du déni et du négationnisme est encore dominante dans la région, le peuple n'étant pas prêt à reconnaître les crimes commis. Cela va même jusqu'à glorifier les criminels de guerre en Serbie et en Croatie. Rappelons-nous des exemples de Mladic et de Slobodan Praljak, Général croate qui est mort après avoir bu du poison suite à sa condamnation à une peine de 20 ans d'emprisonnement pour les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité dans le procès d'appel au TPIY le 29 novembre 2017. Après la mort de Praljak, plusieurs personnes à Mostar lui ont rendu hommage et le premier ministre croate, Andrej Plenkovic a affirmé que « Le geste de Praljak dont nous avons malheureusement tous été les témoins aujourd'hui, illustre surtout la profonde injustice morale envers les six Croates de Bosnie dont la condamnation a été confirmée en appel par le TPI, ainsi que contre le peuple croate »⁸⁵³. Quant au cas de Mladic, sa condamnation à la prison à vie pour le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre par le TPIY en novembre 2017 n'a pas changé son image de héros en Serbie et en République serbe de Bosnie. Après sa condamnation, Milorad Dodik, président de la République serbe de Bosnie a déclaré que Ratko Mladić était un patriote et un héros historique qui a défendu le peuple serbe dans des conditions impossibles et qui a empêché un nouveau génocide des Serbes en Bosnie Herzégovine et en Croatie. De plus Mladen Ivanić, membre serbe de la présidence, a fait référence à l'attitude négative du TPIY face aux serbes et a souligné le caractère politique du TPIY⁸⁵⁴. Les attitudes des populations envers le TPIY ne peuvent pas changer facilement. Pour compléter la mission du TPIY, l'appui des élites politiques locales et l'existence des mécanismes restaurateurs sont essentiels.

Selon Klarin la trajectoire du TPIY dépend de quatre différents combats, à savoir la survie, le respect, les cœurs et les esprits et pour finir le temps. Ces combats reflètent l'attitude de la communauté internationale envers le TPIY. Quand on regarde le processus de la création du TPIY ou le rôle qu'il a joué au cours de la guerre, le

⁸⁵³<http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2017/11/29/97001-20171129FILWWW00229-le-premier-ministre-croate-denonce-une-injustice.php>, consulté le 15.01.2018

⁸⁵⁴<https://www.euractiv.fr/section/justice-affaires-interieures/news/the-icty-wraps-up-work-reconciliation-nowhere-in-sight/>, consulté 15.01.2018

combat du Tribunal dépourvu des ressources financières, logistiques et humaines, est très visible. Au-delà des problèmes techniques et bureaucratiques comme la nomination du procureur et la sélection des juges, la dépendance du TPIY concernant la coopération de la communauté internationale et des pays de l'ex-Yougoslavie a certes compliqué son fonctionnement durant les premières années⁸⁵⁵. Cette difficulté a été surpassée grâce aux efforts extraordinaires fournis par le personnel du TPIY. Depuis les accords de Dayton, le TPIY a pour but de défendre le respect au sein des Etats régionaux et de la communauté internationale. Le TPIY qui ne fut pas consulté tout au long du processus des négociations de paix, devait prouver son utilité en tant qu'intervention judiciaire internationale pour assurer une paix durable. Il est certain que le TPIY ne pouvait agir sans l'appui de la communauté internationale, entre autres sans les mécanismes de conditionnalités économiques et de l'UE. La phase finale du TPIY comportait à la fois les travaux de sensibilisation du Tribunal au sein des populations locales et la stratégie d'achèvement. Pourtant malgré les efforts de délocalisation du TPIY dans la phase finale, son impact en matière de réconciliation nationale et de justice transitionnelle est resté limité comparé à son impact sur l'établissement de l'Etat de droit dans la région et l'évolution du droit pénal international en raison des défis politiques de la région, de la culture de déni et de négationnisme, du révisionnisme et de l'absence des instruments restaurateurs additionnels de la justice transitionnelle.

Section II : L'après-TPIY

Après la fermeture du TPIY le 21 décembre 2017, la phase finale concernant les travaux de sensibilisation et de renforcement de la capacité judiciaire nationale dans le cadre d'une délocalisation se concentra sur l'héritage du TPIY. Dans cette nouvelle étape, l'aspect multidimensionnel de cet héritage ne pouvait pas être ignoré. Dans cette perspective, l'héritage du TPIY devait être évalué dans le cadre de son impact sur l'évolution du droit pénal international, la réconciliation nationale et le processus transitionnel dans les pays de l'ex-Yougoslavie. Sachant que le TPIY a été établi pour « traduire en justice les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991

⁸⁵⁵ Mirko Klarin, op. cit., p.548

et contribuer au rétablissement et au maintien de la paix dans la région », cette évaluation de l'héritage pouvait être acceptée comme l'achèvement de la mission du TPIY⁸⁵⁶.

L'établissement de la responsabilité pénale individuelle, la poursuite des dirigeants des pays, l'effet de la jurisprudence du Tribunal sur l'enrichissement de la codification des crimes internationaux et la création de la première juridiction pénale internationale permanente, à savoir la Cour pénale internationale, figurent parmi les réalisations majeures du TPIY et contribuent à la lutte contre l'impunité au niveau international. Bien qu'au niveau local, les attentes de la communauté internationale portaient sur l'établissement des faits concernant les crimes internationaux dans les pays de l'ex-Yougoslavie, la guérison des victimes, l'approbation du TPIY et l'internalisation du processus de justice transitionnelle dans la région, la culture du déni et du négationnisme ainsi que le révisionnisme instrumentalisé par les élites politiques limitèrent l'impact du TPIY de façon considérable. C'est pourquoi, il serait difficile d'évoquer réellement un traitement du passé se fondant sur les vérités établies par le TPIY alors que ces dernières étaient sensées ouvrir la voie d'une réconciliation nationale pour les pays de la région sans l'exigence d'un mécanisme de conditionnalité. Même le processus de justice transitionnelle qui devait porter sur les droits civils et politiques dans la région pouvait être complété par l'inclusion des droits économiques, sociaux et culturels selon les exigences de l'époque.

D'ad-hoc au permanent, la création de la Cour pénale internationale(CPI)

Les débats sur la création d'une Cour pénale internationale remontent au 19^{ème} siècle. A l'époque, Gustave Moynier, l'un des fondateurs de la Croix Rouge essaya de soumettre une disposition concernant l'établissement d'une cour pénale permanente pour la poursuite judiciaire des violations de la Convention de Genève de 1864. Pourtant cette proposition de Moynier dont la préoccupation essentielle était le contrôle de l'application des dispositions des Conventions de Genève n'a pas suscité assez d'intérêts. Les efforts déployés pour la création d'une Cour pénale pour traduire les responsables des violations des lois et des coutumes de la guerre continuèrent

⁸⁵⁶<http://www.icty.org/fr/le-tribunal-en-bref/le-tribunal/mandat-et-competence-du-tpiy>, consulté le 17.01.2018

pendant la Conférence de Paix de Paris organisée en 1919 après la Première Guerre Mondiale. Ces efforts figuraient dans l'Article 227 du Traité de Versailles comme disposition concernant la création d'un tribunal spécial pour juger l'ex-empereur d'Allemagne, Guillaume II de Hohenzollern. Ce dit-tribunal n'est pourtant jamais entré en vigueur avec la fuite de Guillaume aux Pays-Bas.

Parmi les tribunaux pénaux militaires, créés après la Seconde Guerre Mondiale, premiers exemples internationaux des juridictions pénales, le Tribunal de Nuremberg a particulièrement contribué à l'évolution du droit pénal international dans le cadre de l'élargissement horizontal et vertical de la responsabilité pénale et de la reconnaissance de nouvelles catégories des crimes internationaux. Ce faisant, le dit-tribunal allait servir de base lointaine à la création des tribunaux pénaux internationaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. L'héritage de Nuremberg a été codifié par la Commission de Droit International en 1950 sous le nom de « Principes du droit international consacrés au statut du tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal ». Cet héritage qui comportait l'attribution de la responsabilité pénale aux individus et aux chefs d'Etat, le rejet de la défense sur des excuses basées sur la hiérarchie du pouvoir ou l'ordre d'un supérieur et la naissance de nouveaux crimes internationaux comme les crimes contre l'humanité et les crimes contre la paix s'élargit au fur et à mesure par de nouvelles conventions internationales comme la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide en 1948. Par ailleurs, la poursuite des personnes accusées de génocide devant les tribunaux compétents de l'Etat responsable ou devant la cour criminelle internationale compétente à l'égard des Parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction était prévue par l'Article 6 de la Convention de génocide⁸⁵⁷. Une Commission de droit international a été nommée en décembre 1948 par la résolution 260 de l'Assemblée générale de l'ONU pour une étude de la question de la juridiction criminelle internationale et de la possibilité de créer une chambre criminelle de la Cour internationale de justice⁸⁵⁸.

⁸⁵⁷ <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CrimeOfGenocide.aspx>, consulté le 16.01.2018

⁸⁵⁸ Résolution 260 adoptée par l'Assemblée Générale de l'ONU à 179 séance, p.177, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/044/31/IMG/NR004431.pdf?OpenElement>, consulté le 16.01.2018

La Commission du droit international a préparé deux rapports distincts : l'un en faveur d'une juridiction internationale et l'autre contre sa création en 1950⁸⁵⁹. Suite à ces deux rapports, la Commission a conclu qu'une juridiction pénale internationale pouvait être créée pour juger les personnes responsables du crime de génocide. Cependant, l'établissement de la juridiction en tant que chambre de la Cour internationale de Justice n'était pas recommandé par le dit-rapport. L'Assemblée a par la suite construit, en décembre 1950, un comité composé des représentants des dix-sept Etats membres pour rédiger une proposition sur le tribunal et son statut⁸⁶⁰. Un projet de statut pour une juridiction internationale préparé, en 1951, par le Comité à Genève a été soumis à l'Assemblée générale en 1952. Cette dernière renvoya le projet une seconde fois pour son examen par un nouveau comité. Ce comité a aussi préparé en 1953 un projet de statut pour la Cour pénale internationale mais l'Assemblée générale affirma en 1954 dans sa résolution 898 qu'elle ajournait l'examen de la question d'une juridiction internationale jusqu'à ce que le problème de la définition de l'agression soit rédigé par un nouveau comité. Selon l'Assemblée, la définition de l'agression était strictement liée au projet du code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et à l'examen de la création d'une juridiction internationale⁸⁶¹. La définition de l'agression constituait un obstacle au projet du code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ainsi qu'à la création d'une Cour pénale internationale dans les résolutions de l'Assemblée générale⁸⁶². Il est certain que l'atmosphère politique de la Guerre froide a eu un effet négatif mettant de côté les travaux pour la création d'une Cour pénale internationale jusqu'à l'établissement des tribunaux pénaux internationaux ad hoc⁸⁶³.

⁸⁵⁹ Voir Ricardo J. Alfaro, "Question of International Criminal Jurisdiction", Document de l'ONU, A/CN.4/15 et Corr I., *Year Book of the International Law Commission II* (1950), http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_15.pdf&lang=E, consulté le 16.01.2018(en faveur du tribunal), Emil Sandsstörn, "Question of International Criminal Jurisdiction", Document de l'ONU, A/CN.4/20, *Year Book of the International Law Commission II* (1950), p.8-23, http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1950_v2.pdf&lang=E, consulté le 16.01.2018(contre le tribunal)

⁸⁶⁰ http://legal.un.org/ilc/guide/7_2.shtml, consulté 16.01.2018

⁸⁶¹ Résolution 898 adoptée par l'Assemblée Générale à 512th séance, p. 52, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/898\(IX\)&referer=http://www.un.org/dpts/dhl/resguide/r9_resolutions_table_eng.htm&Lang=E](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/898(IX)&referer=http://www.un.org/dpts/dhl/resguide/r9_resolutions_table_eng.htm&Lang=E), consulté 17.01.2018 » »

⁸⁶² Voir la résolution 1186 adoptée par l'Assemblée générale le 11 décembre 1957 à 272th séance et la résolution 3314 adoptée par l'Assemblée générale le 14 décembre 1974

⁸⁶³ Yusuf Aksar, *Implementing International Humanitarian Law From Ad hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, Routledge, 2004, New York, p.47

L'établissement du TPIY et du TPIR a ouvert la voie à la création d'une Cour pénale internationale permanente. En effet, l'urgence d'une juridiction pénale internationale fit surface face aux événements de l'après-guerre froide. La brutalité des violations du droit humanitaire avec le changement de la nature des conflits rendit obligatoire l'existence d'un mécanisme judiciaire international face à la possibilité de l'impunité des responsables de ces violations.

Les travaux concernant une juridiction internationale au lendemain de la Deuxième guerre mondiale ont été repris par l'Assemblée générale de l'ONU. La Commission de droit international fut nommée pour la préparation d'un projet de statut en 1994. Le projet de statut de la Commission a été soumis à la conférence diplomatique de Rome en juin 1998 après la création de deux comités par l'Assemblée, chargés de les examiner et de les approuver. Le statut de Rome composé de 128 articles concernant la juridiction, le fonctionnement, la structure et les opérations de la Cour a été adopté le 17 juillet 1998 au bout de 5 semaines de négociations⁸⁶⁴. Pourtant, il aura fallu 60 ratifications jusqu'au 1 juillet 2002 pour que la Cour commence à travailler. Pourtant, la Cour ne put être effective que le 1^{er} juillet 2002 après 60 ratifications. La date limite de la signature était le 31 décembre 2000. Ce faisant, la Cour obtint 139 signatures. Même les pays qui votèrent contre le Statut de la Cour comme les Etats-Unis, et Israël signèrent le dit-Statut⁸⁶⁵. 73 pays ratifièrent le Statut le 1^{er} avril 2002, date d'entrée en vigueur de ce dernier et date à laquelle la Cour fut compétente à l'égard des crimes. Contrairement à la Cour pénale internationale, ses prédécesseurs étaient rétroactifs pour juger des crimes bien avant leur réalisation.

A l'opposé des tribunaux pénaux ad hoc établis par la résolution du Conseil de sécurité, La Cour pénale internationale a été créée par un traité international. Ces différences concernant leurs modes de création montre bien l'importance de la légalité et de la légitimité de la Cour permanente pour la communauté internationale. Cette dernière ne voulait certes pas remettre en question la Cour comme le TPIY et le TPIR. De plus, le projet de statut de la Commission prévoyait toutes les modalités de la création d'un tribunal, incluant la modification de la Charte de l'ONU, la conclusion d'un traité et l'adoption d'une résolution de l'Assemblée générale ou du Conseil de

⁸⁶⁴ Leila Nadya Sadat, "The Evolution of the ICC: From the Hague to Rome and Back Again", *The United States and the International Criminal Court*, ed. par Sarah B. Sewall et Carl Kaysen, American Academy of Arts and Sciences, 2000, Oxford, p.40

⁸⁶⁵ William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court...*, p.23

sécurité. Par ailleurs, la Commission suggéra que « la Cour pourrait être instituée tout à la fois en vertu d'un traité et en tant qu'organe subsidiaire du Conseil de sécurité, par voie de résolutions concurrentes du Conseil et de l'Assemblée générale, l'instrument étant ensuite soumis à la ratification des États. Avant l'entrée en vigueur de celui-ci, le Conseil de sécurité ferait appel à la Cour dans les situations relevant du Chapitre VII de la Charte », autrement dit l'établissement d'un lien entre l'ONU et la Cour était primordial pour l'aspect international selon la Commission⁸⁶⁶. Pour Schabas, la proposition de la Commission signifiait une version permanente du TPIY et même les Etats-Unis soutenaient une Cour dépendante du Conseil de sécurité comme dans la proposition de la Commission. Ce faisant, bien qu'ils n'aient pas ratifié le traité après les changements majeurs, les autres Etats étaient satisfaits de décider du statut de la Cour et de signer sans la prépondérance du Conseil de sécurité⁸⁶⁷.

Suite à la création du CPI des controverses apparurent pour savoir qui sera en droit de déférer au tribunal. Premièrement, l'Article 14 du Statut de la CPI permettait un renvoi au procureur par un Etat partie. Deuxièmement, en vertu du Chapitre VII, le Conseil de sécurité était en liberté de déférer au procureur une situation dans laquelle les violations du droit humanitaire étaient perturbées. Dernièrement, la saisine par le procureur était acceptée dans l'Article 15 du Statut. Les Etats-Unis se sont opposés à la saisine du procureur par un Etat partie en raison des poursuites possibles des forces américaines du maintien de la paix sur le plan mondial. Malgré l'opposition des Etats-Unis, la saisine par le procureur a été considérée comme indispensable pour une Cour internationale crédible et neutre. De plus, le Conseil de sécurité était en droit de demander à la CPI d'arrêter une enquête ou une poursuite en vertu du Chapitre VII de la Charte de l'ONU comme prévu par l'Article 16 du Statut⁸⁶⁸.

Le TPIY et le TPIR n'ouvraient pas la voie seulement à la création d'une Cour permanente, au-delà de constituer un exemple pour la Cour, ils assuraient aussi la compétence *rationae materiae* par leur jurisprudence sur les crimes de génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. Seul le crime d'agression ne figurait pas dans la juridiction des tribunaux. A ce titre, la juridiction de la Cour pénale

⁸⁶⁶ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-sixième session, 2 mai – 22 juillet 1994, Doc. de l'ONU, A/49/10, p.23, http://legal.un.org/ilc/documentation/french/reports/a_49_10.pdf, consulté 18.01.2018

⁸⁶⁷ William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court...*, p.26-27

⁸⁶⁸ Yusuf Aksar, op.cit, p.66

internationale est active dès le 17 juillet 2008. La jurisprudence des tribunaux ad hoc a servi de base en matière de la compétence *ratione materiae* du Statut de la Cour pénale.

Le crime de génocide a été jugé pour la première fois dans une juridiction internationale par les tribunaux ad-hoc après sa codification par la Convention de génocide en 1948. Les éléments constitutifs du crime de génocide ont été mis en place : un groupe de victime, l'intention et l'acte constitutif du crime de génocide dans le cadre du droit pénal. Dans cette perspective, l'application de la Convention de génocide pouvait être réalisée grâce à la jurisprudence des tribunaux ad hoc dans le cadre du droit pénal international. Alors que d'une part les éléments constitutifs étaient interprétés et appliqués par les tribunaux ad hoc, d'autre part le contenu substantif du crime était mis en place dans le cadre de leur jurisprudence⁸⁶⁹.

Selon les tribunaux ad hoc, alors que les victimes d'un génocide étaient les groupes nationaux, ethniques, raciaux et religieux, pour le TPIR, il suffisait qu'un groupe soit stable et permanent, sans pour autant constituer un groupe national, ethnique, racial et religieux, interprétant ainsi la notion de victime au sens le plus large. Pourtant, même d'après le Statut de la Cour pénale internationale, les groupes politiques, économiques et sociaux ne seraient pas considérés comme des victimes⁸⁷⁰. L'inclusion de ces groupes, ignorés jusque-là, devrait figurer parmi les groupes de victimes en prenant en compte la multiplication des acteurs dans les relations internationales et l'évolution du droit international. La question de l'ignorance des droits économiques et sociaux fait partie, à l'heure actuelle de l'ordre du jour de la justice transitionnelle. En effet, leur inclusion à la compétence de la Cour pénale est très importante.

L'élément intentionnel qui sépare le crime de génocide des crimes contre l'humanité est examiné explicitement dans les décisions des tribunaux ad hoc. « L'intention de détruire, tout ou en partie » est expliquée par la détermination des actes dans le cadre du crime de génocide et l'élément intentionnel est déterminé dans les procès spécifiques. Notamment, Cet élément n'a pas été trouvé dans l'affaire de Goran Jelisic, dirigeant du camp de Luka, camp de détention de Brčko. En effet, il a

⁸⁶⁹ Ibid., p.236

⁸⁷⁰ Ibid., p.237

été acquitté du crime de génocide en raison de l'absence d'un élément intentionnel⁸⁷¹. L'interprétation de « détruire tout ou en partie » a été mise en application dans le jugement de Mladic concernant l'acte d'accusation sur le génocide dans plusieurs municipalités de BiH en 1992 comme suit :

« ...les auteurs matériels de crimes commis dans plusieurs municipalités avaient l'intention de détruire les Musulmans de Bosnie de ces municipalités en tant que partie du groupe protégé. Toutefois, elle a conclu que les Musulmans de Bosnie visés dans chaque municipalité formaient une partie relativement peu nombreuse du groupe protégé et n'en représentaient pas, sur un plan autre que le nombre, une partie substantielle. En conséquence, elle n'a pas été convaincue que la seule déduction raisonnable était que les auteurs matériels étaient animés de l'intention requise de détruire une partie substantielle du groupe protégé des Musulmans de Bosnie»⁸⁷².

L'interprétation du crime de génocide en application s'est réalisée pour la première fois par la jurisprudence des tribunaux ad hoc. Par conséquent, le contenu substantif du crime de génocide était déterminé au cours des affaires du TPIY et du TPIR. A titre indicatif, dans l'affaire d'Akayesu, le TPIR avait élargi les actes dans le cadre du crime de génocide allant au-delà du meurtre des membres d'un groupe et avait inclus le viol et les violations sexuelles dans le cadre d'une atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale des membres du groupe⁸⁷³. Ce faisant, cet élargissement substantif a eu un impact direct sur la Cour pénale internationale comme dans la déclaration en 2010, de Luis Moreno-Ocampo, Procureur de la Cour pénale internationale qui définit la situation à Darfour comme une forme subtile du génocide : le génocide par le viol et par la peur⁸⁷⁴.

Les crimes de guerre qui font partie de la juridiction de la Cour pénale internationale figuraient dans les Articles 2 et 3 du Statut du TPIY en tant qu'infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 et violations des lois ou coutumes de la guerre. Les Conventions de Genève de 1949 et les Protocoles Additionnels ont été appliqués pour la première fois par les tribunaux ad hoc. Ce faisant, les conditions de l'applicabilité des infractions graves et des coutumes de la

⁸⁷¹ Affaire de Jelusic, IT-95-10i 14 décembre 1999, <http://www.icty.org/fr/cases/party/672/4>, consulté 17.01.2018

⁸⁷² Affaire de Mladic, IT-09-92, 22 novembre 2017, <http://www.icty.org/fr/cases/party/704/4>, consulté le 17.01.2018

⁸⁷³ Yusuf Aksar, op. cit., p.215

⁸⁷⁴ http://www.un.org/apps/newsFr/storyF.asp?NewsID=23929#.Wm7jS_lI91s, consulté 15.01.2018

guerre ont été déterminées par la jurisprudence des tribunaux ad hoc. La Cour pénale internationale fixait son *rationae materiae* dans la cadre de cette jurisprudence et deux articles du Statut du TPIY se regroupaient dans la catégorie des crimes de guerre⁸⁷⁵. La nature des conflits en ex-Yougoslavie est devenue l'un des objets importants de la juridiction du TPIY. Tandis que les infractions graves dans le cadre de l'Article 2 du Statut du TPIY ont été limitées aux conflits internationaux, l'application de l'Article 3 concernant les coutumes de guerre, a été acceptée pour deux types de conflits, à savoir interne et international, dans l'arrêt de Tadic relatif à l'appel concernant l'exception préjudicielle d'incompétence le 2 octobre 1995⁸⁷⁶. Le Statut de la CPI inclut un autre groupe de crimes à savoir «les violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international» dans le cadre des crimes de guerre comme le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée, ou toutes autres formes de violences sexuelles constituant une violation grave de l'Article 3 commun aux quatre Conventions de Genève. Autrement dit, le changement de la nature des conflits a été codifié dans le Statut du CPI grâce à la jurisprudence des tribunaux ad hoc.

Le TPIY et le TPIR ont élargi le contenu substantif des crimes contre l'humanité ainsi que le contenu du crime de génocide et des crimes de guerre. Les éléments d'actes dans le cadre de crimes commis contre l'humanité sont déterminés à la lumière de la jurisprudence des tribunaux ad hoc et sa codification est réalisée sous le Statut de la CPI. De plus, les éléments constitutifs de certains crimes contre l'humanité comme la persécution, la disparition forcée des personnes, la grossesse forcée, la déportation ou le transfert forcé des populations et la réduction en esclavage sont expliqués en détail dans l'Article 7 du Statut du CPI⁸⁷⁷.

Malgré la similitude *ratione materiae* entre les tribunaux ad hoc et la CPI, le principe de complémentarité constitue la plus grande différence. Dans l'Article 1 de son Statut, La Cour est prévue comme complémentaire des juridictions nationales. Autrement dit, la Cour est chargée d'exercer sa compétence à l'égard des personnes pour les crimes les plus graves en cas de l'incapacité et de la réticence des juridictions

⁸⁷⁵ Yusuf Aksar, op. cit., p.270

⁸⁷⁶ Procureur c. Tadic, Arrêt d'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, <http://www.icty.org/x/cases/tadic/acdec/fr/51002JN3.htm>

⁸⁷⁷ Article 7 du Statut du CPI sur les crimes contre l'humanité, https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6A7E88C1-8A44-42F2-896F-D68BB3B2D54F/0/Rome_Statute_French.pdf, consulté 21.01.2018

nationales contrairement aux tribunaux ad hoc qui ont la primauté sur les juridictions nationales.

La juridiction territoriale ou la *ratione loci* de la CPI est un sujet de débat entre les Etats-Unis et la CPI après une demande auprès des juges de la Cour d'autorisation, en novembre 2017 de Fatou Bensouda, procureur de la CPI d'ouvrir une enquête sur les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité commis sur le territoire afghan depuis le 1^{er} mai 2003. Comme l'Afghanistan avait reconnu, en février 2003, l'autorité de la Cour, celle-ci souhaitait mener une enquête sur toutes les forces militaires présentes dans le pays y compris les forces talibanes, les forces gouvernementales, les forces étrangères comme les Etats-Unis et l'Agence centrale de renseignement (CIA)⁸⁷⁸. Dans cette perspective, la juridiction territoriale de la CPI est disposée dans l'Article 12 du Statut comme suit :

« ... la Cour peut exercer sa compétence si l'un des États suivants ou les deux sont Parties au présent Statut ... :

- a) L'État sur le territoire duquel le comportement en cause a eu lieu ou, si le crime a été commis à bord d'un navire ou d'un aéronef, l'État du pavillon ou l'État d'immatriculation ;
- b) L'État dont la personne accusée du crime est un ressortissant »⁸⁷⁹.

Ce faisant, un citoyen ressortissant d'un Etat non-partie peut être jugé devant la CPI si ce premier commet un crime sur le territoire d'un Etat partie au Statut. A titre indicatif, rappelons la situation des Etats-Unis en Afghanistan où l'opposition américaine se basa sur le fait que les Etats-Unis ne faisaient pas partie du Statut de la CPI. Encore de nos jours, les débats concernant la CPI continuent sans cesse.

Les pays africains qui font partie du Statut de Rome ont commencé à remettre en cause la CPI à partir de la 15^e session de l'Assemblée des Etats Parties au Statut de Rome en novembre 2016. Le Burundi, l'Afrique du Sud et la Gambie ont fait part de leur intention de se retirer de la CPI et ont réclamé que la CPI avait des préjugés contre les pays africains. Le Burundi a même décrit la CPI comme un organe néo-colonialiste visant la domination du Nord sur le Sud. Par la suite, la loi de retrait du Burundi de la

⁸⁷⁸<https://www.hrw.org/fr/news/2017/11/20/lafghanistan-et-la-cour-penale-internationale>, consulté 17.01.2018

⁸⁷⁹Article 12 du Statut de CPI, https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/6A7E88C1-8A44-42F2-896F-D68BB3B2D54F/0/Rome_Statute_French.pdf, consulté 17.01.2018

CPI a été promulguée le 18 octobre 2016⁸⁸⁰. Les raisons spécifiques du retrait du Burundi reposent sur l'absence de coopération de la part de la CPI pour mettre en accusation les personnes déterminées par le gouvernement Burundais en tant qu'auteurs des violations du droit humanitaire. Dans cette perspective, l'enquête du Procureur avait commencé en avril 2016 sur la crise de 2015 au Burundi⁸⁸¹. Ainsi, le Burundi s'est retiré du Statut de la CPI le 27 octobre 2017.

Quant à l'Afrique du Sud, le processus de retrait a commencé officiellement en déposant l'instrument de retrait dans l'Article 127(1) du Statut de la CPI le 19 octobre 2016 bien qu'il ait renoncé à se retirer le 8 mars 2017. L'Afrique du Sud a justifié sa demande de retrait suite à la pression de la CPI à arrêter les personnes en droit de bénéficier d'une 'immunité diplomatique en vertu du droit international coutumier⁸⁸². Malgré les mandats d'arrêt promulgués par la CPI contre Omer Al-Bashir, président du Soudan, pour avoir commis des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre durant le conflit du Darfour en 2009 et en 2010, les autorités sud-africaines ont refusé, pendant l'Assemblée de l'Union africaine en juin 2015, d'exécuter les ordres prétextant l'immunité des chefs d'Etats. L'immunité des chefs d'Etat a d'ailleurs été l'objet de nombreux débats entre l'Union africaine et la CPI. Dans ce cadre, dès le premier mandat d'arrêt d'Al-Bashir en 2009, avec l'Afrique du Sud, le Kenya et l'Ouganda ont aussi pensé à se retirer de la CPI justement en raison de cette règle.⁸⁸³ Bien que l'Afrique du Sud et la Gambie aient par la suite renoncé à se retirer, la crise au sein de la CPI continue toujours en raison de l'absence des ratifications des Etats comme les Etats-Unis, la Russie et Israël.

⁸⁸⁰ <https://ilg2.org/2016/11/17/retrait-des-pays-africains-de-la-cpi-le-burundi-a-laep/>, consulté 17.01.2018

⁸⁸¹ La crise de Burundi: Le président Pierre Nkurunziza a été réélu en juin 2010 en tant que président du Burundi dans une élection boycottée par les partis d'opposition. Après Nkurunziza a essayé d'obtenir un troisième mandat en 2015 malgré la limitation à deux mandats prévue par la Constitution, une pétition contre le troisième mandat du président a été lancée par le parti au pouvoir en mars 2015, le Conseil national pour la défense de la démocratie-Forces de défense de la démocratie. Les manifestations contre le troisième mandat ont causé des conflits avec la police mais la candidature de l'ancien président a été officialisée en avril 2015. La crise s'est accélérée entre les forces du gouvernement et de l'opposition même une tentative d'un Coup d'état contre le président a été réalisée en mai 2015. Selon la déclaration du procureur de la CPI, le bilan de la crise s'est remonté à 430 morts, 3400 personnes arrêtées et 230 000 réfugiés, http://www.lemonde.fr/afrique/article/2016/02/15/la-crise-au-burundi-en-40-dates_4865821_3212.html, consulté 18.01.2018

⁸⁸² Dapo Akande, "South African Withdrawal from the International Criminal Court – Does the ICC Statute Lead to Violations of Other International Obligations?", <https://www.ejiltalk.org/south-african-withdrawal-from-the-international-criminal-court/>, consulté 18.01.2018

⁸⁸³ http://www.lemonde.fr/afrique/article/2017/07/07/arrestation-d-al-bachir-la-cpi-juge-que-l-afrique-du-sud-a-manque-a-son-devoir-mais-s-abstient-de-sanction_5157268_3212.html, consulté 18.01.2018

Selon Mema et Holvoet, si la CPI perd sa légitimité au sein des Etats africains c'est en partie à cause de la sélectivité des interventions de la CPI par la saisine du Conseil de sécurité et du Procureur. En effet, le Conseil de sécurité a par exemple déféré à l'unanimité en 2011 le cas libyen au Procureur de la CPI incluant les Etats non parties au Statut de la CPI comme les Etats-Unis, la Chine et ce juste un mois après le début des révoltes. Dans la même lignée, les violations du droit humanitaire en Syrie et en Palestine ne sont jamais devenues l'objet d'une instrumentalisation de la CPI par le Conseil de sécurité par crainte d'un probable veto par les membres du Conseil. Les Etats-Unis pourraient opposer leur veto à une intervention de la CPI au conflit israélo-palestinien tout comme la Russie pour le cas syrien⁸⁸⁴. Il apparaît clairement que les intérêts politiques des membres permanents jouent un rôle important dans l'instrumentalisation de la CPI en vertu du Chapitre VII par le Conseil de sécurité. Le procureur sélectionne les enquêtes dans les situations où le crime est commis par un ressortissant ou sur le territoire de l'un des Etats parties de la CPI. Bien que l'examen préliminaire concernant les crimes commis par les soldats britanniques contre les civils irakiens n'ait pas su dépasser la phase d'enquête en raison du principe du seuil de gravité qui figure dans l'Article 17 du Statut, Thomas Lubanga, président national de l'Union des patriotes congolais a bien été la première personne condamnée par la CPI pour enrôlement et conscription de mineurs de moins de 15 ans⁸⁸⁵.

La jurisprudence des tribunaux ad hoc sert de base au Statut de Rome en tant que première application des Conventions de Genève de 1949 avec leurs protocoles additionnels de 1977 et la Convention de génocide. Le cadre normatif et institutionnel du droit pénal international a évolué de façon linéaire au lendemain de la fin de la Guerre froide face aux développements conjoncturels dans les relations internationales. La restauration et le maintien de la paix, buts secondaires du TPIY, figurent dans le préambule du Statut de la CPI pour faire face aux crimes graves contre la paix, la sécurité et le bien-être du monde. Autrement dit, la paix et la sécurité font aussi parties des préoccupations de la CPI⁸⁸⁶. Le Conseil de sécurité a déféré à la CPI

⁸⁸⁴ Medlir Mema e Mathias Holvoet, "The International Criminal Court and the Responsibility to Protect", *The Responsibility to Protect and the Third Pillar Legitimacy and Operationalization*, ed. par Daniel Fiott et Joachim Koops, Palgrave Macmillan, 2015, London, p.29

⁸⁸⁵ Ibid., p.30-31

⁸⁸⁶ Gentian Zeyberi, "The Role and Contribution of International Courts in Furthering Peace as an Essential Community Interest", *Promoting Peace Through International Law*, ed. par Cecilia M. Bailliet and Kjetil Mujezinović Larsen, Oxford University Press, 2015, p.349

les situations au Soudan et en Libye par la résolution 1593 en 2005 et la résolution 1970 en 2011 en vertu du Chapitre VII en tant que menace contre la paix et la sécurité internationales⁸⁸⁷. Par ailleurs la CPI est considérée comme un outil essentiel avec les tribunaux ad hoc pour mettre en œuvre la responsabilité de protéger et de renforcer les efforts de dissuasion dans le rapport du Secrétaire général sur la mise en œuvre de la responsabilité de protéger en 2009⁸⁸⁸.

Bien que la CPI ne soit pas un instrument judiciaire ex post facto son impact dissuasif pour la paix et la sécurité internationales comme les tribunaux ad hoc devrait être pris en compte. C'est pourquoi, elle pourrait jouer un rôle important dans la prévention de futures violations des droits de l'homme et du droit humanitaire par rapport à ses prédécesseurs ad hoc comme instrument permanent qui pourrait intervenir opportunément. Cet impact dissuasif de la CPI a été traité dans le rapport de la Responsabilité de protéger : une réaction prompte et décisive du Secrétaire général de l'ONU en 2012 dans le cadre du rôle préventif de la menace de la saisine de la CPI⁸⁸⁹. La CPI peut être considérée comme un instrument judiciaire rétributive permanent de la justice transitionnelle dont *ratione materiae* est élargi grâce à ses prédécesseurs ad hoc. Ce faisant le mécanisme de la saisine par le Conseil de sécurité à la CPI assure la mise en place du droit de New York d'une manière permanente en remplissent les lacunes des tribunaux ad hoc comme l'absence des réparations pour les victimes par le Fond au profit des victimes en vertu de l'Article 79 du Statut de Rome. Le besoin pour les mécanismes additionnels au cours du processus de justice transitionnelle est mis en compte par un nouvel instrument rétributif permanent.

Les instruments rétributifs, diversifiés grâce aux tribunaux ad hoc, aux tribunaux hybrides et à la CPI sont créés suite à leurs réalisations dans le cadre de la mise en œuvre du droit humanitaire international par le droit pénal international. Ce faisant, alors que l'impact du TPIY concernant l'évolution du droit international et du légalisme dans la justice transitionnelle est concrétisé via la CPI, son impact au niveau

⁸⁸⁷ Voir la résolution 1593(S/RES/1593) et la résolution 1970(S/RES/1970) adoptée par le Conseil de sécurité

⁸⁸⁸ Rapport du Secrétaire générale sur la mise en oeuvre de la responsabilité de protéger(A/63/677), le 12 janvier 2009, p.12, <http://www.responsibilitytoprotect.org/files/Rapport%20du%20SG--Francais.pdf>, consulté 20.01.2018

⁸⁸⁹ Rapport du Secrétaire générale sur la Responsabilité de protéger:réagir d'une manière prompte et décisive(A/66/874-S/2012/578), le 25 juillet 2012, http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/17393/A_66_874%3bS_2012_578-FR.pdf?sequence=22&isAllowed=y, consulté 20.01.2018

local en matière de restauration de la paix et de la sécurité internationales est encore incertain en raison de plusieurs déterminants instrumentaux et politiques. Nous pouvons accepter le succès du TPIY comme disposition de la justice face à l'immunité. Cependant, la restauration de la paix positive a tout de même besoin encore un peu de temps en tant qu'objectif à long terme.

Défis politiques à relever

Les réalisations du TPIY en matière de droit pénal international sont considérables en comparaison à son impact à l'échelle locale du point de vue de la paix et de la sécurité internationales. L'impact du TPIY à l'échelle locale était limité pour des raisons de dynamiques internes et externes. Alors que les dynamiques internes étaient liées à la performance du TPIY, les dynamiques externes portaient sur les questions propres à la région comme la culture du déni, les politiques populistes des élites politiques et l'existence d'autant de vérités que de groupes ethniques.

Le peuple d'ex-Yougoslavie exprimait un mécontentement concernant les divergences parmi les verdicts rendus par le TPIY, mécontentement lié aux failles ethniques de la société. Alors que d'une part les Bosniaques considéraient les peines accordées aux Serbes de Bosnie comme légères, d'autre part, pour les Serbes de Bosnie l'impartialité du TPIY était remise en cause. Les condamnations aux peines légères des personnes responsables pour les crimes contre l'humanité commis dans les camps d'Omarska et de Keraterm à la municipalité de Prijedor ont provoqué chez les Bosniaques un mécontentement envers le TPIY⁸⁹⁰. Dragan Kolundzija, commandant d'équipe au camp de Keraterm qui a été condamné à 3 ans d'emprisonnement en novembre 2001 s'est vu accorder une libération anticipée trois semaines après en décembre 2001. Damir Dosen, autre commandant du camp de Keraterm, a aussi été libéré en février 2003 seulement après un an d'emprisonnement et ce malgré une condamnation de 5 ans pour avoir commis des crimes contre l'humanité⁸⁹¹. Bien que le TPIY ait réservé des peines légères pour les crimes commis dans les camps à Prijedor, le sort de Zoran Zigic, policier de réserve dans les camps ou encore de Mlado

⁸⁹⁰ Diane Orentlicher, *That Someone Guilty be Punished...*, p.52

⁸⁹¹ Procureur contre Dusko Sikirica, Damir Dosen et Dragan Kolundzija, Camp de Keraterm (IT-95-8)

Radic, policier au camp d'Omarska fut différent avec des condamnations allant respectivement jusqu'à 25 et 20 ans d'emprisonnement⁸⁹². Pourtant, en accordant par la suite une libération anticipée, le TPIY provoqua en même temps des réactions négatives. Les personnes responsables des violations graves aux camps d'Omarska et de Keraterm sont retournées à la municipalité de Prijedor forçant ainsi les victimes à cohabiter avec les auteurs des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre.

Les peines légères des Bosniaques ont délégitimé l'image de la Cour aux yeux des Serbes de Bosnie. La condamnation à 2 ans d'emprisonnement en juin 2006 de Nasser Oric, commandant bosniaque et chef de la Défense territoriale municipale de Srebrenica accusé d'avoir commis des crimes de guerre pendant la détention des Serbes à Srebrenica fut certainement l'arrêt le plus cité dans ce contexte. Nasser Oric a été libéré immédiatement en juillet 2006, c'est-à-dire seulement un mois après le verdict ; le temps passé en détention ayant été déduit de la durée totale de sa condamnation⁸⁹³. Les Serbes de Bosnie ont protesté cette libération. Bien qu'il était considéré par les Bosniaques comme un héros, l'autre groupe ethnique en Bosnie ne voyait en lui qu'un criminel de guerre.

Les Serbes de Bosnie vécurent la même déception en novembre 2012 après l'acquittement d'Ante Gotovina, son verdict étant considéré comme l'un des plus controversés du TPIY. Gotovina a été condamné à 24 ans d'emprisonnement par la Chambre de première instance pour avoir commis des crimes contre l'humanité et pour avoir violé les lois et les coutumes de la guerre. L'objet de cette condamnation portait sur sa participation à une entreprise criminelle commune avec Ivan Čermak, Ministre adjoint de la défense au Gouvernement croate de 1991 à 1993 et Mladen Markač, commandant des forces spéciales de police au Ministère de l'intérieur de la Croatie pour chasser la population serbe de la région de Krajina en commettant des meurtres, des traitements cruels, des actes inhumains, des destructions, des pillages, des persécutions et des expulsions au cours de l'Opération Tempête en août 1995⁸⁹⁴. Selon la Chambre de première instance tous les sites situés à plus de 200 mètres d'une cible devaient être considérés comme une attaque illégale aux villes de Knin, Benkovac,

⁸⁹² Procureur c/ Miroslav Kvočka, Dragoljub Prcać, Milošica Kos, Mlado Radić et Zoran Žigić, Camps d'Omarska, de Keraterm et de Trnopolje (IT-98-30/1)

⁸⁹³ Diane Orentlicher, *That Someone Guilty be Punished...*, p.54-55

⁸⁹⁴ Procureur contre Ante Gotovina, Ivan Čermak et Mladen Markač, Opération tempête (IT-06-90), http://www.icty.org/x/cases/gotovina/cis/fr/cis_gotovina_et_al_fr.pdf, consulté le 20.01.2018

Obrovac et Gračac. Pourtant la Chambre d'appel a annulé la peine d'Ante Gotovina en raison de l'ambiguïté de la norme des 200 mètres appliqués par la Chambre de première instance présentant une marge d'erreur pour les cibles légitimes⁸⁹⁵. La libération d'Ante Gotovina a provoqué des réactions opposées en Croatie, en République serbe de Bosnie et en Serbie selon les différences ethniques. En avril 2011, Jandranka Kosor, Premier Ministre croate de l'époque déclara le verdict de la Chambre de première instance comme inacceptable et ajouta que le gouvernement essayait d'annuler le jugement en appel. Parce que selon les citoyens croates, l'Opération Tempête représentait une guerre de libération⁸⁹⁶. Après l'acquittement en appel, la Croatie a célébré cet événement et Gotovina fut accueilli en héros en Croatie. En outre, après cette décision, Rasim Ljajic, Ministre serbe chargé de la coopération avec le TPIY, contesta la crédibilité du TPIY et fit référence à l'impossibilité d'une réconciliation dans la région en cas d'absence d'une justice pour toutes les victimes⁸⁹⁷. Dans cette perspective, il serait pertinent de noter que chaque groupe ethnique se considère comme une victime. Cela va de soi que ce sentiment est manipulé par les élites politiques de la région comme ce fut le cas pendant l'acquittement de Gotovina. Ainsi, ce dernier événement engendra l'annulation de la Conférence d'héritage à Belgrade le 22 novembre 2012 dans le cadre du Programme de sensibilisation. Les décisions prises par le TPIY ont eu un impact direct à l'échelle locale. Par conséquent, il y a toujours un risque d'émergence des anciens différends et ce, particulièrement après les décisions controversées.

L'instrumentalisation des plaidoyers de culpabilité par le TPIY pour gagner du temps, et réduire les frais suscita des critiques au sein de la population de l'ex-Yougoslavie. Le plaidoyer de culpabilité dépend de la conclusion d'un accord sur le plaidoyer, l'accusé confesse sa culpabilité pour tous les chefs d'accusation ou certain d'entre eux dans le cadre de cet accord avec le Procureur. Si l'accusé accepte sa culpabilité pour certains actes d'accusation, l'acte d'accusation est modifié selon les nouvelles conditions et la peine est négociée. Le TPIY a négocié vingt accords dont les plus connus sont celui de Drazen Erdemovic, soldat de l'armée serbe de Bosnie participant au génocide de Srebrenica et celui de Biljana Plavsic qui succéda à

⁸⁹⁵ <http://www.icty.org/fr/sid/11145>, consulté 20.01.2018

⁸⁹⁶ https://www.rtf.be/info/monde/detail_tpi-24-ans-de-prison-pour-l-ancien-general-croate-ante-gotovina?id=5954033, consulté le 20.01.2018

⁸⁹⁷ <http://www.7sur7.be/7s7/fr/1505/Monde/article/detail/1535140/2012/11/16/La-Serbie-denonce-l-acquittement-de-Gotovina.dhtml>, consulté 20.01.2018

Karadzic durant la présidence de la République serbe de Bosnie. L'accord de plaider de culpabilité de Plavsic était important parce que pour la première fois, en 2002, une personne de ce rang avait recours à un mécanisme de plaider de culpabilité. Même Albright et Elic Wiesel qui étaient témoins au procès de Plavsic, considéraient l'accord comme une approbation du processus de justice transitionnelle par Plavsic en voie de l'établissement de la vérité et de la réconciliation nationale⁸⁹⁸. Pourtant Plavsic n'accepta pas de coopérer avec le TPIY pour les autres affaires. Sa condamnation à 11 ans d'emprisonnement pour crimes contre l'humanité n'a donc pas été accueillie positivement par l'opinion publique bosniaque. Par ailleurs, le procureur Del Ponte affirmait qu'accepter le plaider de culpabilité de Plavsic sans obligation de coopération était une erreur fondamentale⁸⁹⁹. Autrement dit, l'accord de Plavsic n'a pas eu de conséquences sur les autres responsables des violations graves en ex-Yougoslavie. Le dit-mécanisme a été utilisé par Plavsic comme un outil pragmatique pour réduire sa peine. A ce sujet, Milorad Dodik, premier ministre de la République serbe de Bosnie de l'époque a trouvé cette condamnation de 11 ans comme excessive et a accusé le TPIY d'être injuste envers Plavsic⁹⁰⁰. La libération anticipée de Plavsic se réalisa en octobre 2009 après 8 ans d'emprisonnement⁹⁰¹.

Le mécontentement du peuple en ex-Yougoslavie est essentiellement dû à la perception publique d'une disproportion qui existe entre la gravité des violations et les peines données par le TPIY. La longueur et la complexité des procédures pénales ont aussi eu un impact direct sur les perceptions vis-à-vis du Tribunal. A titre indicatif, au décès de Slobodan Milosevic le 11 mars 2006 sa peine n'était toujours pas déclarée et ce malgré les 4 années passées de procès. Les poursuites prirent donc fin le 14 mars 2006⁹⁰². L'affaire Milosevic était en elle-même symbolique pour l'établissement de la justice, de la réconciliation nationale et de l'implication d'institutions publiques dans la région. La résolution de cette affaire était cruciale pour l'établissement de la vérité pour la guerre de Bosnie et du Kosovo. Tandis que l'implication de la Serbie à la guerre de Kosovo est apparente, son rôle dans la guerre de Bosnie particulièrement dans le génocide de Srebrenica ne pouvait être clarifié que par les preuves dans

⁸⁹⁸Marlise Simmons, "Crossing Paths: Albright Testifies in War Crimes Case", <http://www.nytimes.com/2002/12/18/world/crossing-paths-albright-testifies-in-war-crimes-case.html>

⁸⁹⁹ Diane Orentlicher, *That Someone Guilty be Punished...*, p.62

⁹⁰⁰ Ibid., p.61

⁹⁰¹ Procureur c. Plavsic, Bosnie-Herzégovine, (IT-00-39 et 40/1), 27 février 2003

⁹⁰² Diane Orentlicher, *That Someone Guilty be Punished...*, p.73-74

l'affaire de Milosevic⁹⁰³. Ce faisant, malgré le décès de Milosevic, un processus spécial aurait pu être mis en place pour déclarer la responsabilité pénale individuelle de Milosevic. La révélation de la vérité aurait certainement soulagé les victimes. Un verdict était primordial car durant son procès, Milosevic avait profité de l'opportunité qui lui était présentée pour influencer les perceptions des Serbes à l'égard du TPIY et de la guerre au Kosovo. Dans sa rhétorique, il tenait pour responsable l'OTAN pour les pertes civiles. D'après le journaliste Filip Swarm, les Serbes pensaient sincèrement que l'OTAN avait gagné la guerre et que toutes poursuites judiciaires contre Milosevic étaient en fait une application de la justice des vainqueurs. Cette perception des Serbes pourrait être expliquée par l'acte d'accusation tardif en 1999 sa considération comme un interlocuteur légitime jusqu'au dernier moment des conflits dans le Balkans⁹⁰⁴. Cette manipulation des perceptions concernant le TPIY par Milosevic n'a pas facilité les choses au sujet de la culture du déni en Serbie. Avec le décès de Milosevic, comme aucune décision n'avait été annoncée, gérer les problèmes qui en découlèrent devint encore plus difficile.

La longue durée de détention bien avant le début du procès fit que celui-ci perdit de son intérêt auprès de la population. Similairement, la longueur de la durée de détention des criminels de guerre n'a fait qu'accroître leur victimisation et leur héroïsme⁹⁰⁵. La stratégie d'achèvement lancée en 2003 avait pour but d'alléger la charge de travail qui engendrait la longueur des procès ainsi que les difficultés opérationnelles du TPIY liées aux équipes de la défense des criminels de guerre et de l'office du Procureur. Entre temps, les élites locales qui ont eu la possibilité de manipuler l'opinion publique en se référant à l'inefficacité, l'injustice et l'impartialité du TPIY, ont ainsi contribué à la dominance de la culture du déni et du négationnisme. Les dynamiques externes qui ne sont pas liées à la performance du TPIY sont la conservation des positions privilégiées par les anciennes élites militaires et politiques dans les pays de l'ex-Yougoslavie. Le TPIY qui accrut ses travaux de sensibilisation à partir de 2000, ne put empêcher les élites politiques de contrôler l'image qu'elle transmettait dans la région. La coopération entre le TPIY et les élites politiques et militaires de la région ne fut possible qu'avec la mise en place de mécanismes de conditionnalité. Par conséquent, les motivations de la population de l'ex-Yougoslavie

⁹⁰³ Diane F. Orentlicher, *Shrinking the Space for Denial...*, p.73

⁹⁰⁴ Ibid., p.75

⁹⁰⁵ Ibid., p.86

furent davantage pragmatiques que morales se fondant sur un instrument judiciaire rétributif. A l'heure actuelle, il n'y aurait toujours pas de mécanismes restaurateurs dans la région qui puissent compléter la mission du TPIY pour la restauration de la paix positive. Le processus de justice transitionnelle est encore problématique en raison de l'absence de son internalisation au niveau local.

L'absence de l'internalisation du processus de justice transitionnelle et de l'approbation du TPIY pourrait être expliquée par la résistance de la population locale à accepter la vérité factuelle établie par le TPIY au sujet de la guerre en ex-Yougoslavie dans les années 1990.

La résistance de la population dépend de la gestion des perceptions par les élites aient instrumentalisé la coopération avec le TPIY en voie de l'intégration à la communauté internationale, elles n'ont pourtant pas fourni assez d'efforts au sein de la population locale pour l'approbation du TPIY. Autrement dit, la coopération avec le TPIY fut totalement pragmatique, la morale et la justice transitionnelle n'ayant pas de rôle à jouer. Sans l'existence d'un instrument judiciaire international comme le TPIY ou d'un processus international de justice transitionnelle, la mise en vigueur par les autorités internes d'un processus national aurait été impossible dans les pays de l'ex-Yougoslavie. La vitesse de coopération avec le TPIY différerait de pays en pays, les conditions propres à chacun déterminant le contenu des relations avec le TPIY.

La coopération avec le TPIY en Serbie et en Croatie était différente l'une de l'autre. En effet, les élites politiques influencèrent les ressortissants de chaque pays différemment. Dans cette perspective, Kostunica, Président successeur de Milosevic s'opposa au transfert de celui-ci au TPIY et pensa même attribuer une amnistie en échange de son retrait de la politique. A l'opposé de Kostunica, le premier ministre Dindic favorisa une approche plus conciliante en proposant la poursuite de Milosevic par les tribunaux nationaux pour abus de pouvoir et non pour avoir commis des crimes internationaux⁹⁰⁶. Cette divergence entre le président et le premier ministre prit fin en août 2001 au premier gouvernement transitoire. Afin d'éviter un possible coup d'Etat, Kostunica préféra la stabilité politique à la justice transitionnelle⁹⁰⁷. En Serbie, pays où toutes les couches de la société participèrent aux violations du droit humanitaire,

⁹⁰⁶ Jelena Subotic, *Hijacked Justice Dealing with the Past in the Balkans*, Cornell University Press, 2009, New York, p.45

⁹⁰⁷ Ibid., p.69

l'initiation d'un processus de justice transitionnelle et la coopération avec le TPIY semblaient vraiment compliquées.

A l'opposé de Kostunica, Dindic opta pour une approche conciliante pro-européenne, réformiste et internationaliste pour assurer une intégration de la Serbie à la communauté internationale. De surcroît, il instrumentalisa la coopération avec le TPIY pour pouvoir justement adhérer à l'UE. Selon Subotic, Dindic et les réformistes appliquaient les principes de la justice transitionnelle car ils avaient recours aux normes internationales pour discréditer leurs adversaires politiques en négligeant le changement substantif et normatif de la justice transitionnelle. Le gouvernement de Kostunica extrada les criminels de guerre en avançant dès 2005 comme excuse les redditions volontaires en date de son gouvernement (2004-2008). Ils coopèrent avec le TPIY pour que la Serbie puisse intégrer la communauté internationale et obtienne des subventions économiques. De plus, il lança des redditions volontaires comme des actes patriotiques réalisés pour la perpétuité de l'Etat serbe et non pas pour le traitement du passé⁹⁰⁸. Ce faisant, les élites politiques de la Serbie qui contrôlaient l'audience politique nationale par la rhétorique de l'instrumentalisation de la coopération avec le TPIY pour la conformité, l'intégration et la légitimité, ne se sont pas intéressées à l'approbation du processus de justice transitionnelle auprès de la population. Plus que pour des raisons internes, la différence en matière de coopération avec le TPIY reposait sur la différence d'attitude entre les gouvernements transitoires en Croatie et en Serbie décidés à intégrer rapidement la communauté internationale et particulièrement l'UE.

Sachant que l'intervention judiciaire du Conseil de sécurité sous l'auspice du TPIY était indiscutable, le processus de justice transitionnelle dans les pays de l'ex-Yougoslavie pourrait donc être examiné dans le cadre des transitions imposées par une intervention étrangère. Cependant, la conservation des postes par les élites politiques de l'ancien régime empêcha l'application effective d'une transition imposée par une intervention judiciaire. Malgré l'existence d'un instrument judiciaire international, la coopération avec ce dernier a été laissée à l'initiative des pays en transition post-confliktuelle. Ce faisant, rappelons que les élites politiques des pays ont le pouvoir de

⁹⁰⁸ Ibid., p.51-52

contrôler la perception de la population concernant le processus de justice transitionnelle et le TPIY.

La scène politique en Croatie dans l'après Tadjman ouvrit la voie d'une adhésion à l'UE en 2013. Comme nous l'avons expliqué précédemment, les relations des gouvernements pro-européens se sont améliorées avec le TPIY et la communauté internationale après le décès de Tadjman. Dès le début, Racan et le président Mesic empêchèrent les représentants de l'ancien régime de reprendre le pouvoir. Le président Mesic demanda la retraite de 7 généraux sur 12 pour politiser l'armée en septembre 2000. Autrement dit, à l'opposé de la Serbie, la Croatie eut recours à la lustration. Ce faisant, les élites politiques de l'ancien régime tels que le HDZ, parti de Tadjman se positionnèrent comme un parti de la droite moderne⁹⁰⁹. Cette nouvelle attitude du gouvernement croate fut récompensée par son acceptation au programme de Partenariat pour la paix de l'OTAN et à l'Organisation mondiale du commerce en 2000. Aucun doute, la communauté internationale était satisfaite de trouver un partenaire fiable dans les Balkans autre que la Serbie⁹¹⁰. Au-delà de la lustration, à la demande du TPIY, le gouvernement fournit les documents nécessaires concernant les crimes de guerre perpétrés par les croates et un bureau de liaison du TPIY ouvrit à Zagreb. De plus, il reconnut la juridiction du TPIY sur les opérations de Flash et de Tempête⁹¹¹. Le gouvernement de Racan et le président Mesic ont légitimé la coopération avec le TPIY en se référant à l'établissement de l'état de droit, à la consolidation de la démocratie et à l'adhésion à l'UE.

Le changement du gouvernement croate en 2003 avec le retour du HDZ, le parti de Tadjman ne changea en rien l'attitude de la Croatie envers le TPIY. Comme l'objectif principal de toutes les couches de l'Etat était l'adhésion totale à l'UE, l'Etat n'avait d'autres choix que de coopérer avec le TPIY. La Croatie instrumentalisa, tout comme la Serbie, la coopération avec le TPIY. Dans ce cadre, le rôle du président Mesic est indéniable dans le sens qu'il utilisa une rhétorique qui se basait sur un réel processus de la justice transitionnelle. Soucieux d'établir la vérité, il s'excusa en 2003 auprès des victimes pour les crimes commis par les Croates. En témoignant en 1998 auprès du TPIY et notamment au procès de Milosevic, il contribua à forger une image

⁹⁰⁹Ibid., p.112

⁹¹⁰Ibid., p.88

⁹¹¹Ibid., p.89

positive du tribunal en Croatie⁹¹². Il essaya de rationaliser les relations avec le TPIY en se référant à la responsabilité pénale individuelle. En d'autres termes, la coopération devait être effective pour éviter toute attribution d'une responsabilité collective de la population croate. En janvier 2006, le gouvernement croate s'entretint avec les avocats des généraux mis en accusation par le TPIY afin de déterminer une stratégie de défense. Cette stratégie consistait à refuser une accusation d'entreprise criminelle commune visant l'expulsion de toute la population serbe de la Croatie pour l'Opération Tempête en 1995⁹¹³. Parce que la Croatie considérait l'Opération de Tempête comme une guerre de libération, le Parlement adopta en juin 2006 une déclaration acceptant celle-ci comme une opération décisive, inoubliable et finale, légitimée par le droit international⁹¹⁴. Cette stratégie pourrait être considérée comme un succès puisque Gotovina et Markac, condamnés « d'être membres d'une entreprise criminelle commune dont l'objectif commun était de chasser définitivement des civils serbes de la Krajina par la force ou la menace du recours à la force » ont été acquittés durant le procès d'appel⁹¹⁵. Malgré l'attitude positive du gouvernement croate envers le TPIY, comparée à la Serbie, il ne put changer les perceptions négatives de la population croate. Toutes les élites politiques de la région manipulaient la coopération avec le TPIY en voie d'une intégration à la communauté internationale sans tentatives auprès des populations locales. D'après Subotic, les peuples de la région ne voulaient pas vivre ensemble, c'est pourquoi les personnes n'étaient pas enthousiastes à l'idée de mettre en place des mécanismes de justice transitionnelle pour faire face à leur histoire violente⁹¹⁶.

La République serbe de Bosnie qui a toujours exprimé son souhait d'indépendance a organisé le 25 septembre 2016 un référendum pour commémorer chaque 9 janvier la naissance de la République et la fête nationale du peuple serbe. Le gouvernement de Dodik avait adopté en 2015 un document pour l'organisation d'un referendum d'indépendance en 2018, projet qu'il a dû abandonner par risque d'un

⁹¹² Procureur c. Tihomir Blaskic, colonel du Conseil de défense croate Vallée de la Lasva(IT-95-14) et Procureur c. Slavko Dokmanovic, président de la municipalité de Vukovar, Hopital de Vukovar(IT-95-13a), <http://www.icty.org/en/content/stjepan-mesi%C4%87>, consulté 21.02.2018

⁹¹³ Jelena Subotic, op. cit., p.99

⁹¹⁴ Ibid., p.100

⁹¹⁵ Procureur c. Ante Gotovina et al., Opération Tempête(IT-06-90)

⁹¹⁶ Jelena Subotic, op. cit., p.68

nouveau conflit en Bosnie-Herzégovine⁹¹⁷. La République serbe de Bosnie dominait sur tout l'appareil étatique et protégeait délibérément tous les auteurs des crimes de guerre et ce malgré les actes d'accusation. La police qui protégeait les coupables n'arrêtait pas les criminels de guerre. Suite aux demandes de l'UE, la Bosnie devait dorénavant commencer à faire des réformes dans le secteur de la police en avril 2008⁹¹⁸. Par ailleurs, la structure politique créée par les accords de Dayton et basée sur l'administration internationale sous l'autorité du Haut représentant de l'ONU empêchait l'approbation nationale du processus de justice transitionnelle. La Bosnie-Herzégovine qui est divisée ethniquement, politiquement et territorialement selon des lignes de failles ethniques, est un pays ouvert aux manipulations des élites politiques de l'ancien régime. Aujourd'hui, la République serbe de Bosnie essaye d'empêcher la voie de l'adhésion de la Bosnie à l'OTAN et ce malgré les demandes des Bosniaques et des Croates de Bosnie. Le parlement de la République serbe de Bosnie réclame depuis octobre 2017 sa neutralité militaire par rapport aux alliances militaires existantes⁹¹⁹. Les relations étroites de la République serbe de Bosnie avec la Russie ont certes joué un rôle important dans sa stratégie de neutralité militaire. A ce titre, les relations entre les différents groupes ethniques en Bosnie sont encore aujourd'hui tendues.

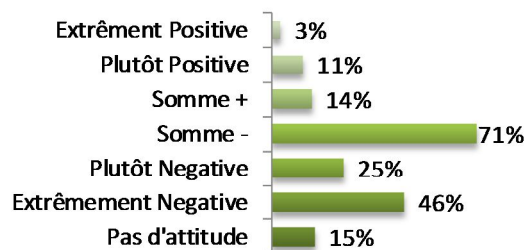
La culture récurrente du déni et du négationnisme est un indicateur des lignes de failles ethniques profondes qui sont manipulées par les élites politiques de la région. L'attitude des populations de la région vis-à-vis du TPIY prend justement forme autour de ces failles ethniques comme nous pouvons le comprendre en analysant la figure 1.2 ci-dessous.

⁹¹⁷ <https://www.politico.eu/article/milorad-dodik-bosnia-serb-republic-serbia-leader-no-breakaway-vote-next-year/>, consulté 22.01.2018

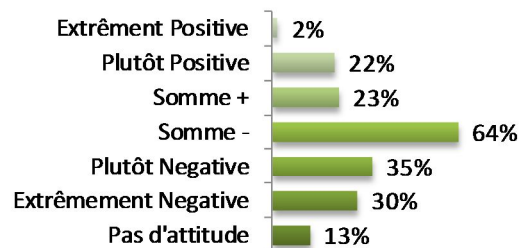
⁹¹⁸ Jelena Subotic, op. cit., p.157-158

⁹¹⁹ <https://www.ouest-france.fr/europe/bosnie-herzegovine/bosnie-dans-l-otan-la-partie-serbe-se-proclame-militairement-neutre-5321609>, consulté le 22.01.2018

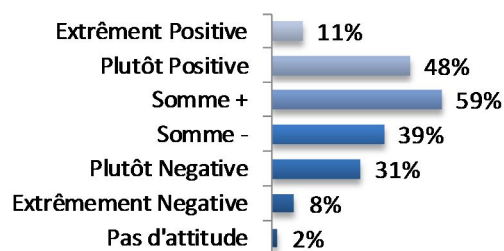
Quelle est votre attitude vis-à-vis du TPIY en général?



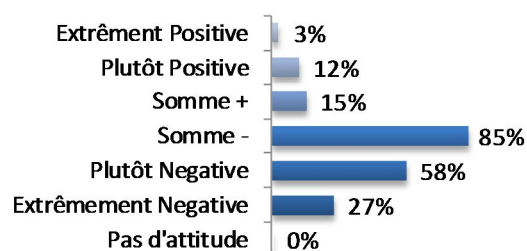
Serbie, 2011



Croatie, 2011



Bosnie, 2012 – Fédération



Bosnie, 2012 - Republika Srpska

Figure 1.2 : L'attitude de la population dans les pays de l'ex-Yougoslavie⁹²⁰ vis-à-vis du TPIY

La Belgrade Centre for Human Rights, une organisation non gouvernementale serbe, entreprend des sondages financés par l'OSCE dans chaque pays selon les différentes affiliations ethniques. En posant la question concernant l'attitude générale vis-à-vis du TPIY, la Belgrade Centre for Human Rights a essayé de comprendre les raisons de cette méfiance envers le TPIY. Bien que le TPIY affiche la vérité historique et lutte contre toutes tentatives révisionnistes, la réalité semble être différente. Les pourcentages obtenus montrent que la majorité de la population ne fait pas entièrement confiance au TPIY⁹²¹.

Il serait possible d'examiner le négationnisme et la culture du déni à la lumière des dernières décisions du TPIY, de la condamnation à perpétuité de Mladic ou encore

⁹²⁰Attitudes Towards War Crimes, the ICTY and the National Judiciary 2011(2011 BCHR Serbia Survey), 2012 Bosnia Survey (en Bosnian), 2011 Croatia Survey(en Croate), cite par Marko Milanovic, "The Impact of the ICTY on the Former Yugoslavia: An Anticipatory Post-Mortem", *American Journal of International Law*, Volume 110, Issue 2, April 2016, p.240

⁹²¹<http://www.icty.org/fr/le-tribunal-en-bref/le-tribunal/les-realizations-majeures-du-tribunal#2>, consulté 24.01.2018

du suicide de Praljak. A ce titre, rappelons que les relations entre les Serbes et les Bosniaques sont tendues dans les municipalités comme Prijedor. Malgré l'établissement de la réalité par le TPIY concernant les crimes perpétrés par les serbes dans les camps d'Omarska, de Keraterm et de Trnopolje, l'édification de monuments et le discours serbe sur la victimisation sont des preuves concrètes du révisionnisme dans la région. 60 monuments ont été édifiés pour glorifier la soi-disante victimisation des serbes à Prijedor pendant les années 1990, guerre qui est présentée comme une libération défensive des serbes⁹²². Les autorités politiques serbes de la municipalité n'autorisent pas les non-Serbes à ériger des monuments pour éviter les éventuelles manipulations ethniques et politiques. Les autorités politiques serbes n'ont jamais participé à une seule des visites aux camps de concentration, visite pourtant organisée régulièrement une fois par an. Similairement, Marko Pavic, maire de Prijedor n'a pas autorisé l'organisation d'un évènement pour commémorer le 21^{ème} anniversaire de l'expulsion de la ville des Croates et des musulmans bosniaques⁹²³.

Selon Kerr cette culture du déni et la tendance révisionniste s'expliqueraient par l'écart qui existe entre les aspirations de la communauté internationale et celles des populations de la région. Les dynamiques internes liées au TPIY seraient justement le reflet des réflexions à cet écart. L'assurance de la justice et de la paix grâce à un instrument judiciaire international loin de la région causerait des problèmes au niveau local⁹²⁴.

La dernière enquête réalisée par Humanitarian Law Center, organisation non-gouvernementale serbe, au sujet des guerres des années 1990, des crimes de guerre et des procès pour crimes de guerre révélerait une fois de plus cette culture du déni et du négationnisme. 56% des Serbes ayant participé à l'enquête considèrent le TPIY comme partial et tendancieux avec la moitié qui ne croient pas à l'établissement de la vérité factuelle par le TPIY⁹²⁵. Malgré la jurisprudence du TPIY sur le génocide de

⁹²² Haris Subasic et Nerzuk Curak, "History, the ICTY's record and the Bosnian Serb culture of denial", *Prosecuting War Crimes Lesson and legacies of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, ed. par James Gow, Rachel Kerr et Zoran Pajic, Routledge, 2013, New York, p.136

⁹²³ Ibid., p.139

⁹²⁴ Rachel Kerr, "Lost in translation?" Perceptions of the ICTY in the former Yugoslavia", *Prosecuting War Crimes Lesson and legacies of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*", ed. par James Gow, Rachel Kerr et Zoran Pajic, Routledge, 2013, New York, p.104

⁹²⁵ Enquête d'opinion publique effectuée en Serbie en 2017 par Humanitarian Law Center(en serbie), cité par Milica Kostic, *Public Opinion Survey in Serbia Sheds Light on ICTY Legacy*, <https://www.ejiltalk.org/public-opinion-survey-in-serbia-sheds-light-on-icty-legacy/>, consulté 22.01.2018

Srebrenica, seulement 12% des personnes interrogées reconnaissent le génocide de Srebrenica. Ce négationnisme est encore plus remarquable pour les crimes commis au cours du siège de Sarajevo (71%) et les charniers en Serbie (83%). De plus, les élites politiques ont aussi contribué à leur tour à ce négationnisme en glorifiant les criminels de guerre et en les autorisant à retourner à l'office public. Par exemple, Vladimir Lazarevic, commandant du corps de Pristina condamné à 14 ans d'emprisonnement pour les crimes contre l'humanité avait participé au groupe éducateur de l'Académie militaire en octobre 2017 ou encore Veselin Sljivancanin, le commandant des troupes à Vukovar condamné à 10 ans d'emprisonnement pour crimes de guerre était invité en tant que conférencier aux forums publiques du parti Progressiste serbe, parti au pouvoir en Serbie après sa libération anticipée en 2011⁹²⁶. Il serait pertinent de noter que la majorité de la population, à 77% pensait pourtant que les criminels de guerre ne devaient pas participer à la vie politique. Cette opinion publique pourrait être expliquée une fois de plus par le négationnisme local. En effet, le public penserait que l'exclusion des criminels de guerre de la vie politique diminuerait la visibilité des crimes autrement dit l'exclusion assurerait un soi-disant processus de justice transitionnelle.

Ces enquêtes mettent aussi en lumière l'importance de l'ethnicité dans l'attitude des Serbes envers le TPIY parce que la majorité réclamait que les non-Serbes acquittés par le TPIY comme Naser Oric, Ante Gotovina, étaient des criminels de guerre. Parmi les personnes questionnées, 40% d'entre elles n'ont pas d'opinions précises sur les crimes et le reste fait référence aux crimes dans le sens général⁹²⁷. Selon la moitié des réponses, les Serbes seraient les plus grandes victimes des guerres dans les Balkans. Les vérités factuelles créées par le TPIY ne pourraient en rien changer les points de vues des uns et des autres. Chaque groupe ethnique n'est prêt à accepter que les faits qui seraient compatibles avec son propre point de vue comme ce fut le cas pour l'acquittement de Gotovina. Dans ce dernier exemple, alors que les Croates célébraient cet événement, les Serbes accusaient le TPIY d'être partial et tendancieux vis-à-vis des Serbes.

Dans la même lignée que les idées de Khan qui affirme que les politiques internes peuvent essentiellement déséquilibrer la réconciliation, dans le cas du TPIY l'impact de ce mécanisme rétributif de justice transitionnelle au niveau local est

⁹²⁶ Ibid.

⁹²⁷ Ibid.

contrôlée par les élites politiques internes⁹²⁸. Et les élites politiques préfèrent instrumentaliser la coopération avec le TPIY et le processus de justice transitionnelle en voie de l'intégration à la communauté internationale sans avoir recours à des travaux de sensibilisation. Les relations des pays de l'ex-Yougoslavie avec le TPIY étant superficielles, les attitudes de l'opinion publique sur le traitement du passé ne pourraient changer facilement. D'ailleurs, le besoin d'instruments restaurateurs n'est exprimé que pour le processus de justice transitionnelle ; l'existence d'un instrument rétributif international à elle-seule ne serait être compatible avec les exigences des périodes post-confliktuelles. Bien que le processus de justice transitionnelle soit à l'origine initié par un mécanisme international, sa continuation dépendrait des instruments restaurateurs locaux. Après la fermeture du TPIY, il est primordial que le processus de justice transitionnelle puisse continuer au niveau local avec l'expansion du concept de la justice transitionnelle.

Quel avenir pour la justice transitionnelle?

Les réalisations du TPIY en matière de droit international humanitaire sont indéniables. En ce qui concerne les attentes des victimes, les dynamiques internes et externes ont profondément affecté les perceptions des populations dans la région de l'ex-Yougoslavie. L'établissement de la vérité par tous les groupes ethniques est vraiment important pour la réussite du processus de justice transitionnelle et de réconciliation. La diversité des vérités, autant qu'il y a de groupes ethniques, aurait empêché la transformation du processus international de justice transitionnelle en un processus régional. Dès le début, l'absence d'instruments restaurateurs qui complèteraient les lacunes du TPIY est flagrante. Dans ce cadre, la nécessité de confirmer la vérité sur les violations du droit humanitaire, l'établissement de la vérité grâce aux témoignages des victimes et des coupables, les réparations monétaires et symboliques auraient dû être prises en compte au cours du processus de justice

⁹²⁸ Madiha Inara Khan, "Historical record and the legacy of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", *Prosecuting War Crimes Lesson and legacies of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, ed. par James Gow, Rachel Kerr et Zoran Pajic, Routledge, 2013, New York, p.89

transitionnelle⁹²⁹. En d'autres termes, l'instrument rétributif international devait être soutenu par des instruments restaurateurs locaux.

Au début des années 2000, la Serbie et la Bosnie-Herzégovine ont essayé de former des commissions de vérité par l'appui d'organisations non-gouvernementales régionales et internationales. En mars 2001, le gouvernement de Kostunica a promulgué un décret pour la création d'une commission de vérité. La décision de Kostunica concernant la formation d'une commission dépendait de la pression exercée par la communauté internationale pour une coopération avec le TPIY. Dans ce cadre, Kostunica avait choisi d'instrumentaliser la commission en glorifiant l'existence d'un instrument local de justice transitionnelle par rapport à un mécanisme international, à savoir le TPIY⁹³⁰. Pourtant, le TPIY s'opposait à la création d'une commission interne de vérité sous réserve que la communauté internationale retire ses fonds internationaux. L'intérêt de la communauté internationale a fait surface suite au soutien apporté par l'organisation internationale non-gouvernementale, la International Center for Transitional Justice. Alors que cette dernière était en faveur d'un instrument officiel approuvé par le Président, les organisations non-gouvernementales serbes s'opposaient à l'inclusion de celui-ci à cause de son attitude négative envers le TPIY et la justice transitionnelle⁹³¹. Les organisations serbes avaient raison parce que la formation de la Commission et le mandat reflétaient l'agenda du gouvernement serbe. Seuls deux groupes ethniques étaient présents à la Commission, le reste étant composé d'académiques conservateurs nationalistes. A cet égard, le mandat de l'instrument restaurateur était d'examiner les conflits sociaux, interethniques et politiques débouchant sur une guerre tout en éclairant les liens de causalités qui existeraient entre eux. Dans cette perspective, il aurait été adéquat de considérer la commission comme mort-née pour des raisons bureaucratiques telles que l'absence de ressources et le nombre limité des réunions⁹³². Pour résumer, cette tentative de la Commission initiée par la Serbie projetait de tromper la communauté internationale au sujet de la justice transitionnelle et de la coopération avec le TPIY.

⁹²⁹ Zoran Pajic, "Reflections on the lessons and legacies of the ICTY, Rethinking reconciliation in the context of transitiona justice", *Prosecuting War Crimes Lesson and legacies of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*, ed. par James Gow, Rachel Kerr et Zoran Pajic, Routledge, 2013, New York, p.233

⁹³⁰ Jelena Subotic, op. cit., p.53

⁹³¹ Ibid., p.54

⁹³² Ibid.,p.55

Les tentatives pour établir des commissions de vérité en Bosnie-Herzégovine tout comme en Serbie n'ont jamais abouti à la phase du rapport final. La première proposition pour la commission a été rédigée par l'Association des Citoyens pour la Vérité et la Réconciliation avec l'aide de l'Institut de la Paix des Etats-Unis en 2000. Il était prévu que la Commission établisse les faits concernant la nature des violations et qu'elle empêche les acteurs nationalistes et révisionnistes d'agir. Au-delà de la vérité, figuraient aussi dans la proposition les autres dimensions de la justice restauratrice telles que les réparations, la réconciliation nationale, la tolérance et la guérison des victimes⁹³³. Il y avait pourtant des oppositions internes et internationales au projet de la Commission. Bien que Claude Jorda, président du TPIY ait évoqué, en 2001, la complémentarité d'une commission de vérité au processus judiciaire, cette idée n'a pas été soutenue en raison des tensions ethniques dans la société. Malgré le changement de position vis-à-vis de la commission, il privilégia un mandat limité responsable du traitement des auteurs de crimes d'un rang moins élevé, des réparations aux victimes et de l'analyse historique. Le président du TPIY fit référence à l'éventuel rôle de la commission pour une réconciliation nationale.⁹³⁴ D'ailleurs, suite à l'appui du TPIY, une loi pour une commission de vérité a été rédigée. Il était prévu que la Commission soit composée de sept personnes qui examineraient les événements qui se sont déroulés entre les élections de novembre 1990 et la signature des Accords de Dayton en 1995. La Commission était pensée comme un organe pour l'établissement de la vérité. Pourtant, les gouvernements successifs en Bosnie ne souhaitèrent pas l'adoption de cette loi sur la Commission de vérité. De plus, les organisations non gouvernementales pour les groupes de victimes ne soutinrent pas cette idée en raison d'une possible mise en place du mécanisme de l'amnistie au cours des sessions de la Commission⁹³⁵.

L'initiative de la Commission de vérité de Sarajevo a été proposée par la République serbe de Bosnie en 2004 pour mettre en lumière le sort des victimes serbes durant le siège de Sarajevo. C'est pour cette raison qu'ailleurs que l'ordre du jour du Conseil de ministres de Bosnie a été ajourné. Pourtant le refus exprimé par les parlementaires serbes du/au parlement en mai et en juin 2006 poussa le Conseil des

⁹³³Mark Freeman, "Bosnia and Herzegovina: Selected Developments in Transitional Justice", International Center for Transitional Justice, New York, October 2004, p.7

⁹³⁴ Ibid.

⁹³⁵ Ibid., p.8

ministres à nommer une commission en juin 2006 dans le but d'examiner toutes les victimes du siège de Sarajevo. Les problèmes opérationnels, politiques et institutionnels empêchèrent la publication d'un rapport final à la fin de son mandat en 2007. D'abord, la composition de la Commission constitua un problème en raison des oppositions ethniques des membres de l'autre groupe. Ensuite, les membres ne pouvaient pas décider du contenu même. Enfin, l'examen des victimes selon leur appartenance aux 11 groupes ethniques et religieux prédéterminés inquiéta les groupes bosniaques des droits de l'homme⁹³⁶. A l'heure actuelle, même si une commission de vérité n'existe pas, l'initiative de la Commission régionale pour l'établissement des faits sur les crimes de guerre et autres violations des droits de l'homme commis sur le territoire de l'ancienne Yougoslavie entre 1991 et 2000 (RECOM) portera bientôt ses fruits grâce au processus de Berlin, processus élaboré dans le cadre de l'élargissement de l'UE vers les Balkans occidentaux.

La RECOM est un mécanisme pour une approche régionale dans le processus de la justice transitionnelle dans les Balkans. Elle est composée par des ONG des droits de l'homme, des associations des victimes individuelles de tous les pays des Balkans occidentaux y compris la Serbie, la Croatie, la Bosnie-Herzégovine, la Macédoine, le Kosovo et le Monténégro. Même si l'initiative a été lancée par les ONG locales, elle a aussi le soutien des acteurs internationaux⁹³⁷. Les trois organisations non-gouvernementales les plus connues des Balkans, à savoir Documenta de la Croatie, the Investigative Documentation Center de la Bosnie-Herzégovine et the Humanitarian Law Center en Serbie ont entamé en mai 2006 un processus pour l'établissement des faits sur les crimes internationaux en ex-Yougoslavie. Dans ce contexte, en octobre 2008, au cours du 4^{ème} Forum régional pour la justice transitionnelle, le dit-processus s'est transformé en une coalition pour la RECOM⁹³⁸.

Le processus de RECOM initié en 2006 s'ouvrit par des débats sur les différents types d'instruments de la justice transitionnelle à Sarajevo. Dans la deuxième phase qui se tint à Zagreb, l'appui de la communauté internationale au sein du TPIY et du Centre international pour la justice transitionnelle (ICTJ) et le soutien

⁹³⁶ Jelena Subotic, op. cit., p.149-150

⁹³⁷ Nicolas Moil, "La Réconciliation ne peut pas être imposée de l'extérieur, la difficile interaction entre l'international et le local dans le champ de la réconciliation en ex-Yougoslavie », *Les Cahiers Silices*, 2016/1, No :15, p.95

⁹³⁸ Denisa Kostovicova, « Regional Approach to Transitional Justice : Testing the RECOM Initiative in the Balkans », paper prepared for ISA, *Annual Convention*, 2016, 4-5

des acteurs locaux comme les ONG des droits de l'homme, les associations des victimes, les réfugiés, les avocats, les journalistes et les citoyens ont été effectifs en février 2007 pendant le Second Forum pour la justice transitionnelle. Même que le Président croate, Stjepan Mesic y avait tenu le discours d'ouverture. A tous les niveaux, que ce soit international, local et régional avec la participation de 6700 représentants de la société civile, les débats y ont suscité un grand intérêt. L'UE commença par influencer sérieusement le processus dès le 3^{ème} Forum en 2008 et les débats concernant le type d'instrument se sont intensifiés sur les mécanismes extra-judiciaires. Suite au recueil des propositions concernant l'aptitude d'une commission de vérité pour l'établissement des faits sur les crimes internationaux en ex-Yougoslavie, l'Assemblée de coalition de RECOM approuva en mars 2011 la proposition du Statut de RECOM⁹³⁹.

D'ailleurs le Parlement de l'UE et le Conseil de l'Europe approuvèrent l'initiative de RECOM par des résolutions successives en 2011. Le Parlement de l'UE affirma son soutien par la résolution de 2001/2886 (RSP) en février 2011 à l'initiative de RECOM pour la réconciliation nationale dans l'ensemble des Balkans occidentaux dans le cadre du processus d'intégration européenne de la Serbie⁹⁴⁰. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe traita le RECOM dans sa résolution 1786 en janvier 2011 pour la réconciliation et le dialogue politique entre les pays de l'ex-Yougoslavie et remarqua l'initiative des ONG⁹⁴¹. Le RECOM a par la suite été inclus dans la stratégie d'élargissement de l'EU par les rapports de la Commission de l'UE. Grâce aux envoyés spéciaux nommés en 2013 au RECOM pour chaque Etat dans les Balkans, l'initiative suscita des changements normatifs régionaux dans le processus de justice transitionnelle. Les Etats ont alors accepté l'initiative de RECOM et la création d'une Commission de vérité régionale. D'ailleurs, les efforts de l'initiative de RECOM ont abouti à la phase finale donc à la signature de l'accord de l'établissement de la Commission de vérité par les Etats en juillet 2018 au sommet de Londres dans le cadre de la rédaction du processus de Berlin. Dans cette perspective, le 6 février 2018, RECOM figura dans la Stratégie de l'UE pour « Une perspective d'élargissement crédible ainsi qu'un engagement renforcé de l'Union européenne pour les Balkans

⁹³⁹ <http://recom.link/about-us-2/a-brief-history-of-the-recom-process/>, consulté le 31.01.2018

⁹⁴⁰ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B7-2012-0188+0+DOC+XML+V0//FR>, consulté 30.01.2018

⁹⁴¹ <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=17950&lang=FR>, consulté 30.01.2018

occidentaux ». Dans le but d'établir une initiative pour soutenir la réconciliation et les relations de bon voisinage, les six initiatives phares optèrent pour une stratégie numérique des Balkans occidentaux -qui consiste la simplification de baisse des tarifs d'itinérance, un appui au déploiement du haut débit, la construction de l'administrarion en ligne- une connectivité plus forte dans les secteurs des transports et de l'énergie, un développement socio-économique, un renforcement des liens dans le domaine de la sécurité et des migrations et enfin renforcer l'Etat de droit⁹⁴².

Les six initiatives phares de la stratégie de l'UE sont compatibles avec l'objectif à atteindre par le processus de Berlin, processus déclenché en 2014 pour intensifier la coopération entre les Etats dans les Balkans. Pourtant la coopération économique, sociale et politique dans la région passerait par la réconciliation nationale et régionale. Autrement dit, l'absence d'une intégration interethnique empêcherait tous les développements dans la région. C'est pourquoi, durant les sommets des Balkans organisés d'affilé à Berlin (2014), Vienne (2015), Paris (2016) et Trieste (2017), la réconciliation et l'initiative de RECOM furent à l'ordre du jour. La signature de l'accord de la création d'une Commission intergouvernementale de vérité est prévue pour le prochain sommet du processus de Berlin qui aura lieu à Londres en juillet 2018. Dans cette perspective, les tentatives locales de justice transitionnelle au sein du RECOM est inclut au mécanisme de conditionnalité de l'UE. Par conséquent, le processus de justice transitionnelle basé seulement sur le TPIY depuis 1993 sera complété par une commission locale et intergouvernementale de vérité. A cet égard, nous pouvons admettre que la prépondérance des acteurs internationaux dans les Balkans avec le TPIY et l'UE a ouvert la voie à une prise de conscience de la justice transitionnelle par la société civile. Cette relation mutuelle qui existe entre les acteurs internationaux et locaux a finalement assuré la prise en compte de l'établissement des

⁹⁴²https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=95ddab6912&view=att&th=1616ba17bedc98af&attid=0.3&disp=inline&realattid=f_jdbrtwld2&safe=1&zw&saddbat=ANGjdJ91fGpz8dEaZ3TXlnnEF3l6wJDulSeBkooYn2PqJZQmdXDlBKjkoRelYrI8uu-b5gRFmDPJxmJi6XK4SCy34zngl8BG4J7jEMjKstKTUXYJhVY0MHMQJqu0_3-l0T7zenoVlU2L9JjX7Vws3jouuDs1Hg_DmaWmJ1C8osB_eJQXzOl7UDRBaaceb_E4y4S439Mqv2zyuQ9VlDnAwVu7k9PariE1tl6lySucPPWmBEZjb4sCR7N09SrjqaPkNVqnXIwvqBmc2L3YD-ZTWtJ_8AR0vYKBvqcJ1W3vdxgCZkra9Q7eYj0RY_GSvuIYCZmC3VWFaqdgFi5rfGoxNwedfZGV7FnuDudwA0mV2fnetOXCgsXnQmL2Ur1DcDWV7186NUVKq3haKPlsxRruZX8Nw31lymdmQnQkYSmvlC0ooSBYjEpeK_gnEQQLkmuEzlc2SUpBO5dzO849lXq0crsRpeKN44GOhxd-bVTDHrFZXmtz-a34yz4KRKyy3ZuDuYSDd_D_LFkJgHZMTgiP2bpiMZwlis8eZs9TajR0zb3Loz53Wd698RFTXpg6GH2oJnOCpj3AE8cz7UEXQox1Mz1zYoQwKhkVk9C3GFJ3g, consulté 06.02.2018

faits sur les crimes de guerre et autres violations des droits de l'homme commis sur le territoire de l'ancienne Yougoslavie entre 1991 et 2000 au niveau intergouvernemental via la Commission de vérité.

Le rôle de la société civile a été très décisif dans le processus de justice transitionnelle pour les pays de l'ex-Yougoslavie et plus particulièrement celui des ONG qui lancèrent l'initiative de RECOM, à savoir Documenta de la Croatie, the Investigative Documentation Center de la Bosnie-Herzégovine et Humanitarian Law Center de la Serbie suivirent de près les développements dans les pays. Documenta et Humanitarian Law Center publièrent régulièrement des rapports sur la justice transitionnelle et la coopération avec le TPIY. Comme reconnaissance des efforts qu'il fournit pour la paix et la réconciliation régionale, Natasa Kandic, fondatrice de l'ONG Humanitarian Law Center fut nommée par le sénateur Roger Wicker et le représentant Eliot Engel au prix Nobel de la paix 2018⁹⁴³. Cependant, la nomination de Kandic provoqua des réactions sérieuses au sein des groupes nationalistes et le groupe de tendance droite Oathkeepers diffusa des affiches à Belgrade avec le message « Prix Nobel pour la trahison contre le peuple serbe »⁹⁴⁴. Le renforcement de la société civile dans les Balkans contribua à l'évolution des débats sur la justice transitionnelle au-delà de l'impact du TPIY. L'instrument rétributif international établit un cadre pour l'approbation du processus du traitement du passé et les mécanismes internationaux de conditionnalité poussèrent les Etats à instrumentaliser ce processus en voie de l'intégration à la communauté internationale. La société civile commença enfin à œuvrer pour l'internalisation du processus au niveau local. Autrement dit, le processus de justice transitionnelle aurait suivi un chemin linéaire qui aurait commencé par l'instrument international et continué avec la coopération instrumentale des mécanismes internationaux et locaux. La communauté internationale serait enfin prête à transférer le processus aux autorités locales après l'achèvement de la mission du TPIY par l'établissement de la Commission de vérité.

Malgré tous ces développements au niveau local, il y aurait tout de même dans la pratique certains problèmes concernant son internalisation. Les problèmes propres à la Serbie au sujet de la justice transitionnelle de 2013 à 2015 ont été pris en main

⁹⁴³<http://www.balkaninsight.com/en/article/serbia-s-humanitarian-kandic-nominated-for-nobel-peace-prize-02-01-2018>, consulté 06.02.2018

⁹⁴⁴<http://serbianmonitor.com/en/politics/41459/reactions-to-natasa-kandic-being-nominated-for-nobel-peace-prize/#.WntWVahl9PY>, consulté 06.02.2018

dans le rapport de Humanitarian Law Center. Le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe examina, durant sa visite en Bosnie-Herzégovine du 12 au 16 juin 2017 le processus de justice transitionnelle et publia un rapport concernant la situation.

Le rapport rédigé en 2012 par le Conseil de l'Europe en Bosnie-Herzégovine révéla que la stratégie de justice transitionnelle prévoyant un mécanisme de réparations matérielles et que le projet de loi concernant les droits des victimes de torture n'ont pas été adoptés par le parlement de Bosnie-Herzégovine et donc n'entrèrent jamais en vigueur. Les exigences excessivement restrictives des lois pour la protection des victimes de la guerre empêchèrent l'attribution de réparations aux victimes de la guerre. Par exemple, la loi en République serbe de Bosnie choisit la date de décembre 2007 comme la date limite de l'application pour obtenir les indemnités mensuelles en raison des handicaps ou du chômage. Une attestation de domicile en République serbe de Bosnie est aussi une autre exigence restrictive. En Bosnie, le pourcentage d'invalidité est utilisé comme un point de référence pour l'allocation du statut de victime civile. Les victimes de guerre résident en Bosnie et ceux qui sont infirmes à 60% peuvent obtenir le statut de victimes civiles. D'ailleurs, dans l'ensemble, le taux des anciens combattants susceptibles d'obtenir des compensations est plus élevé que les victimes civiles⁹⁴⁵.

Malgré la multitude des victimes civiles, il apparaît dans le rapport du Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe que les réparations nécessaires sont ignorées et plus particulièrement les besoins des victimes de violence sexuelle encore plus. La République serbe de Bosnie s'opposa à l'adoption d'un programme spécial pour les survivants des victimes de violence sexuelle. Malgré les décisions judiciaires prises pour l'octroi de compensations aux victimes, avec l'absence de ressources financières suffisantes, les allocations n'ont pas pu être distribuées. L'importance de la loi pour une aide juridictionnelle gratuite adoptée en 2016 fut traitée dans le cadre du rapport du Conseil de l'Europe⁹⁴⁶.

⁹⁴⁵ Rapport du Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe préparé par Nils Muiznieks, 7 novembre 2017, p. 7, <https://rm.coe.int/report-following-the-visit-to-bosnia-and-herzegovina-from-12-to-16-jun/16807642b1>, consulté 01.02.2018

⁹⁴⁶ Ibid., p.8

L'adoption des lois concernant les victimes de la guerre a toujours été problématique en Bosnie-Herzégovine en raison des controverses qui existeraient entre les entités, problème qui figure d'ailleurs dans le rapport de justice transitionnelle. La disposition de la loi sur les personnes disparues adoptée en 2004 qui prévoyait l'établissement d'un fond pour les familles des personnes disparues n'a pas été mise en application. A ce titre, le Commissaire du Conseil de l'Europe était préoccupé par la lenteur des travaux d'exhumations et d'identification des personnes disparues en Bosnie-Herzégovine⁹⁴⁷.

Au-delà des réparations, d'après le Commissaire du Conseil de l'Europe, la ségrégation ethnique dans l'enseignement public constituerait un vrai obstacle pour la réconciliation nationale et la paix positive. La politique dite des « deux écoles sous un même toit » rassemblait les élèves et les enseignants dans une même école tout en séparant leur programme d'enseignement selon leur appartenance ethnique, qu'elle soit croate ou bosniaque. Cette pratique est encore en vigueur dans 32 écoles de Bosnie-Herzégovine malgré le jugement de la Cour suprême de la Fédération de Bosnie-Herzégovine sur l'aspect discriminatif pour les étudiants croates et bosniaques de la politique des « deux écoles sous un même toit ». Selon le dit-rapport le problème en République serbe de Bosnie serait l'existence d'une culture du déni dans les programmes d'études qui n'aborderaient pas le génocide de Srebrenica ou le siège de Sarajevo⁹⁴⁸. Pourtant, l'établissement des vérités factuelles serait indispensable pour la réconciliation dans les transitions post-confliktuelles.

Le rapport souligne que les droits de l'homme des personnes déplacées devraient être l'un des sujets à analyser au cours du processus de justice transitionnelle. Toujours sans logements, les personnes déplacées doivent faire face à plusieurs problèmes comme la reprise des possessions des biens, l'accès à l'énergie, l'infrastructure, les soins de santé, la protection sociale, l'éducation et l'emploi. Les 52 centres collectifs sont considérés comme un indicateur négatif pour les personnes déplacées. Le rapport du Conseil de l'Europe fait aussi référence à la discrimination ethnique contre les personnes déplacées et les élites politiques sont accusées de ne pas être impartiales vis-à-vis des crimes de haine⁹⁴⁹. Les problèmes économiques, sociaux

⁹⁴⁷ Ibid

⁹⁴⁸ Ibid., p.10-11

⁹⁴⁹ Ibid., p.12-13

et politiques des personnes déplacées ont compliqué la normalisation des relations interethniques et la réconciliation nationale en Bosnie-Herzégovine.

Le rapport de Humanitarian Law Center sur la justice transitionnelle en Serbie traite presque des mêmes problèmes que ceux en Bosnie. D'abord, il souligne que l'absence d'un programme de réparations matérielles a empêché la satisfaction des attentes des victimes et le projet de loi qui a été préparé par le gouvernement pour les droits des invalides civils de la guerre n'a pas pris en compte les suggestions de la société civile. Ce faisant, le projet de loi ne pouvait pas remplir les normes de base pour définir le statut de victime civile. Quant aux réparations symboliques, le rapport révéla que la culture du déni et le révisionnisme obscurcit la connaissance des faits établis par le TPIY sur les crimes internationaux. Enfin, les commémorations organisées pour les victimes serbes offensèrent les autres groupes ethniques victimes de la guerre⁹⁵⁰.

Selon le rapport, les personnes déplacées et les réfugiés qui sont hébergés dans les centres collectifs devaient être pris en charge par la Serbie pour la normalisation de la vie après la guerre. Dans ce cadre, la lenteur des travaux entamés pour retrouver des/les personnes disparues est l'un des sujets critiqués dans le rapport. La réticence des autorités publiques dans le processus de justice transitionnelle est soulignée dans le rapport par une absence des lois de lustration dans les secteurs de la sécurité et de la politique⁹⁵¹. Le rapport traite aussi de la difficulté d'accéder aux archives de l'armée et de la police pour la société civile.

Autrement dit, il y aurait encore des problèmes propres à l'aspect restaurateur de la justice transitionnelle en Serbie et en Bosnie-Herzégovine. Avec la création d'une commission de vérité comme prévue par la Stratégie de l'UE en février 2018, la phase restauratrice et locale de la justice transitionnelle en ex-Yougoslavie pourra commencer. Elle devrait compléter la mission basée sur deux piliers du TPIY comportant la poursuite des criminels de guerre et le rétablissement de la paix et de la sécurité internationales en assouplissant les relations tendues interethniques avec l'aide d'autres instruments restaurateurs de la justice transitionnelle comme les lois de lustration ou encore les programmes de réparations. Il est possible de constater que

⁹⁵⁰Rapport de Humanitarian Law Center sur la Justice Transitionnelle entre 2013-2015, p.9, <http://www.hlc-rdc.org/?p=32161&lang=de>, consulté 01.02.2018

⁹⁵¹ Ibid., p.10

dans la période suivant le TPIY, les pays de l'ex-Yougoslavie ont eu recours à la justice transitionnelle et aux mécanismes locaux restaurateurs pour son approbation par les populations locales

L'internationalisation de la justice transitionnelle par le TPIY a contribué à l'institutionnalisation permanente du droit pénal international au sein de la CPI. Dans ce contexte un instrument rétributif international pour la justice transitionnelle a été créé. Quant à l'impact du TPIY au plan local et régional, parmi les réalisations du Tribunal ad hoc nous pourrions citer le renforcement de la capacité judiciaire des Etats en ex-Yougoslavie pour la poursuite des criminels de guerre et le développement de la société civile grâce aux diverses ONG et aux associations des victimes qui luttent pour le traitement du passé violent de l'ex-Yougoslavie. L'instrument international déclencha les débats concernant la justice internationale au niveau régionale, ces dits-débats prendront bientôt fin grâce à l'établissement d'une commission de vérité suite à l'initiative de RECOM et à l'inclusion de cette initiative en stratégie d'élargissement de l'UE. Si un instrument rétributif international comme le TPIY n'a pas encore été établi, nous pourrions en conclure que le processus de justice transitionnelle n'a pas su commencer malgré les initiatives des élites politiques de la région d'ex-Yougoslavie en raison des lignes de faille ethniques qui sont encore tendues. Le fait qu'il y ait autant de vérité que de groupes ethniques nécessita un processus d'affrontement entre les victimes et les criminels de guerre allant au-delà du TPIY. A cet égard, la jurisprudence du TPIY pourrait servir de base pour les futurs mécanismes restaurateurs de justice transitionnelle en ex-Yougoslavie.

L'établissement du TPIY au cours de la guerre a eu un impact direct sur son héritage en ex-Yougoslavie. La double mission qui est celle d'assurer la justice et la paix n'était pas un objectif facile à atteindre. Jusqu'aux accords de Dayton en 1995, l'objectif principal de la communauté internationale était l'établissement de la paix. Par ailleurs, elle essaya d'utiliser la justice via le TPIY comme un outil dissuasif pour stopper toutes violations du droit humanitaire. C'est en 1997 qu'aurait commencé le renforcement du TPIY grâce aux efforts extraordinaires du personnel du TPIY et au changement d'attitude de la communauté internationale. Dans ce contexte les mécanismes de conditionnalité auraient aussi joué un rôle important en assurant la coopération des Etats issus de la Yougoslavie avec le TPIY. Après l'achèvement réussi de la phase de renforcement grâce à l'aide de la communauté internationale, il serait

temps dorénavant de discuter de l'héritage du TPIY en matière de droit pénal international et de justice transitionnelle. Son héritage en matière de la justice transitionnelle est pris en main dans le cadre de son impact sur une réconciliation dans la région. Tandis que la réconciliation nationale est encore source de débats dans la région, la transformation d'un processus international de justice transitionnelle en une initiative régionale et intergouvernementale s'est faite grâce à la possibilité de la création d'une commission de vérité après RECOM.

Malgré les débats qui eurent lieu sur la légitimité et la légalité du TPIY au cours de son établissement par la résolution du Conseil de sécurité en 1993, l'héritage du TPIY en matière de l'évolution du droit humanitaire et du droit pénal international n'est pourtant pas indéniable. Alors que l'établissement du tribunal par une résolution a été considéré comme une intervention judiciaire, les interventions économiques, politiques, judiciaires et militaires ont commencé à devenir la norme dans les relations internationales si la protection des droits de l'homme est en jeu. Le Chapitre VII de la Charte de l'ONU sert de base légale pour ce type d'intervention. Par conséquent le droit de New York créé à la lumière de la Charte et des résolutions de l'ONU a été élaboré par les interventions humanitaires et judiciaires. Avec l'intervention judiciaire de l'ONU en ex-Yougoslavie, le processus de justice transitionnelle a été introduit dans la région grâce à l'attribution des responsabilités pénales individuelles aux criminels de guerre et à l'établissement des faits liés aux crimes internationaux commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991. Avec la création d'un tribunal ad hoc pénal international, le processus de justice transitionnelle devint international. Dans ce contexte, l'internationalisation de la justice transitionnelle commença et continua par les tribunaux hybrides et s'accomplit avec son institutionnalisation permanente par l'établissement de la CPI.

Pendant la journée internationale de La Haye, le juge Alphons Orie expliqua dans son discours concernant le rôle des juges internationaux au TPIY que la justice pénale et la réconciliation ne faisaient pas bon ménage car il pensait que les juges n'étaient pas en mesure de contrôler le déroulement de la guerre. Les effets négatifs de cette union sont d'ailleurs visibles dans l'impact limité à l'échelle locale du TPIY. Il est certain que l'impact limité du TPIY ne pourrait être expliqué que par la compatibilité de l'instrument rétributif international avec la transition post-conflictuelle. Les dynamiques internes comme les politiques révisionnistes des élites

politiques et militaires, les relations interethniques et la culture du déni et du négationnisme affecteraient aussi l'impact des instruments de justice transitionnelle. L'héritage du TPIY à l'échelle internationale et locale a dévoilé le besoin ressenti pour les instruments restaurateurs au niveau régional dans les transitions post-confliktuelles comme en ex-Yougoslavie. En d'autres termes, il s'avère que passé un certain seuil, l'instrument international devrait être soutenu par des mécanismes locaux.



CONCLUSION

La fin du système bipolaire a directement affecté le développement conceptuel des relations internationales, avec, entre autre, un changement paradigmatique de la discipline. La multiplication des acteurs internationaux et la transformation du concept de la sécurité en politique internationale à la fin de la Guerre froide, mit en évidence l'importance des concepts basés sur l'individu. La justice transitionnelle elle-même subit aussi un véritable changement paradigmatique. D'abord, l'étape classique paradigmatique de la justice transitionnelle fut considérée comme une transition des régimes autoritaires, militaires ou communistes vers la démocratie. Les instruments de la justice transitionnelle ont été ajustés selon les circonstances politiques, économiques, sociales, culturelles et structurelles dans les pays en voie de démocratisation. Deuxièmement, après la fin de la Guerre froide, les guerres civiles se sont multipliées, en comparaison aux guerres interétatiques, causant ainsi un changement paradigmatique moderne d'une justice transitionnelle vers une transition pacifique dans un contexte de consolidation et de maintien de la paix. Ce changement dans la nature des guerres engendra des débats sur les normes du droit de New York telles que le maintien de la paix, la consolidation de la paix, l'établissement de la paix, l'intervention humanitaire, la responsabilité de protéger et la résolution des conflits.

Le développement conceptuel et institutionnel de la justice transitionnelle se fit dans le cadre du dit-changement paradigmatique. Les transitions démocratiques réalisées pendant la troisième vague de démocratisation constituèrent des processus internes, autrement dit, les demandes de la justice transitionnelle trouvèrent source parmi les élites politiques et l'opinion publique. Ce faisant, les pays choisirent les instruments appropriés à leurs propres conditions locales comme les commissions de vérité, les lois d'amnisties, les programmes de réparations ou encore la lustration. Au contraire pour ce qui est de l'étape moderne, la plupart des processus de justice transitionnelle se sont réalisés grâce aux ingérences de la communauté internationale y compris l'établissement des tribunaux pénaux ad hoc et des tribunaux hybrides ainsi que des réformes institutionnelles. Dans ce contexte, l'internationalisation de la justice

transitionnelle se réalisa à travers ces nouveaux instruments de la justice retributive sous l'auspice de l'ONU.

L'internationalisation de la justice transitionnelle fut donc le résultat indirect de la cascade du droit de l'après-guerre ou du *jus post bellum* dans le cadre de la responsabilité de protéger de la communauté internationale. Sachant que le *jus post bellum* constitua un processus multidimensionnel, il serait juste de percevoir les efforts de justice transitionnelle comme parties intégrantes du droit de l'après-guerre. Autrement dit, pour pouvoir passer d'une paix négative à une paix positive, un processus du traitement du passé semble obligatoire pour faire face à l'impunité des personnes présumées responsables des violations systémiques des droits de l'homme. Rappelons que le *jus post bellum* est une norme qui a évolué à la lumière des interventions humanitaires à partir des années 1990. Les interventions humanitaires comme celles en Bosnie-Herzégovine ou au Kosovo ont rendu obligatoire une approche multidimensionnelle qui incluait tous les aspects du rétablissement et du maintien de la paix. Ce faisant, le TPIY a été établi par la Résolution 827 du Conseil de sécurité « pour traduire en justice les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 et contribuer au rétablissement et au maintien de la paix dans la région »⁹⁵².

L'instrumentalisation internationale de la justice transitionnelle dans le cadre du droit de New York fondé sur les résolutions du Conseil de sécurité a servi de base pour le développement juridique du droit international humanitaire. Le droit international humanitaire classique basé sur les Conventions de La Haye et les Conventions de Genève s'est transformé en un droit international humanitaire moderne grâce aux normes dominantes des relations internationales y compris l'intervention humanitaire, *jus post bellum* et la responsabilité de protéger. La communauté internationale utilisa ces outils pour des buts rétrospectifs et prospectifs comme ce fut pour le cas du TPIY. Alors que rétrospectivement, l'objectif prioritaire du TPIY était de rendre justice, vu d'un aspect prospectif la communauté internationale souligna l'importance de la réconciliation nationale, de l'Etat de droit et de la démocratie dans la région. A cet égard, en considérant l'aspect rétrospectif et

⁹⁵²<http://www.icty.org/fr/le-tribunal-en-bref/le-tribunal/mandat-et-competence-du-tpiy>,
10.02.2018

consulté

prospectif, les réalisations du TPIY devraient être évaluées dans le contexte d'un instrument international de la justice transitionnelle.

Traduire les dirigeants en justice, rendre la justice aux victimes et leur donner la parole, établir les faits, contribuer au développement du droit international, renforcer l'Etat de droit, attribuer la responsabilité pénale individuelle et créer un programme effectif de sensibilisation figurent parmi les réalisations du TPIY. En divisant ces derniers en deux groupes selon leur appartenance à l'échelle locale et internationale, il serait possible d'évaluer de façon évidente l'impact du TPIY.

La poursuite des principaux responsables des violations des droits de l'homme comme Slobodan Milosevic, Radovan Karadzic ou encore Ratko Mladic est une preuve concrète de la détermination de la communauté internationale de cette volonté de réagir face à l'impunité des chefs d'Etats. Parallèlement, aux yeux de l'opinion publique la crédibilité du TPIY augmenta car toutes ces poursuites étaient certes un moyen de rendre justice. Bien que Milosevic soit décédé, les condamnations de Mladic et Karadzic pour Srebrenica constituèrent une preuve concrète de la reconnaissance du génocide et de l'établissement de la vérité à propos de Srebrenica à l'échelle mondiale. La stigmatisation des crimes par la jurisprudence du TPIY contribua à l'établissement des faits et à la perte des positions privilégiées des acteurs politiques comme dans le cas de Milosevic. Cependant, la catégorisation des violations du droit humanitaire dans les autres municipalités de Bosnie Herzégovine comme des crimes contre l'humanité plutôt que génocide a déçu les victimes. En effet, la subjectivité de la justice devint un grand problème pendant les poursuites du TPIY puisqu'il existait autant de vérités que de lignes de failles ethniques. C'est pourquoi, un instrument régional autre que le TPIY apparut comme un besoin imminent pour l'acceptation des vérités factuelles par toutes les populations ethniques touchées par la guerre.

Dans ce cadre, le TPIY affirma que l'individualisation de la responsabilité pénale empêchait la culpabilité collective d'un groupe ethnique. Pourtant, le sentiment de la culpabilité collective semblait indispensable au lendemain d'une guerre basée sur des affiliations ethniques. L'inégalité dans la répartition ethnique des personnes mises en accusation a certes provoqué des tensions parmi les Serbes parce que les deux tiers des 161 personnes mises en accusation étaient Serbes, alors que seul un tiers était composé Croates, de Bosniaques et d'Albanais. Bien que cet effectif soit directement lié avec la gravité des crimes internationaux commis par les Serbes, la perception de

ces derniers concernant la partialité du TPIY n'a pour autant pas changé. Ils pensaient sincèrement que le TPIY était partiel à leur égard. Même si théoriquement le TPIY a tenu pour responsable les individus responsables de violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, dans la pratique les perceptions n'ont pas évolué de la même façon concernant les accusations collectives sur les autres ethnicités. La rigidité dans les perceptions de la population régionale pouvait s'expliquer par l'impact limité du TPIY à l'échelle locale en tant qu'instrument rétributif international de justice transitionnelle en raison des dynamiques internes liées au fonctionnement du TPIY et des dynamiques externes liées aux conditions locales.

L'une des principales difficultés du TPIY provint de la distance géographique qui le séparait de l'ex-Yougoslavie. De surcroît, ses relations avec les populations locales étaient limitées et les élites politiques avaient tendance à contrôler le message du TPIY à l'échelle locale. Le TPIY n'a pas su rédiger un programme de sensibilisation dès le début. Les travaux ne commencèrent qu'en 1999, effort tardif pour un instrument rétributif international hors-sol qui visait le rétablissement et le maintien de la paix dans la région.

Les problèmes qui se basaient sur le fonctionnement du TPIY dépendaient des insatisfactions des populations de la région. D'abord, les populations locales et particulièrement les Bosniaques croyaient que les plaidoyers de culpabilité ne serviraient pas la cause de la justice. D'après eux, les crimes internationaux étaient utilisés comme une composante des négociations au cours de la conclusion des accords de plaidoyer. Deuxièmement, la disproportion qui existait entre la gravité des violations en ex-Yougoslavie et les peines infligées par le TPIY provoquaient aussi des insatisfactions parmi les victimes mêmes qui d'ailleurs expliquaient les peines du tribunal selon les affiliations ethniques. Dans ce cadre, il était bien évidemment impossible de satisfaire les attentes de tous les groupes ethniques. D'ailleurs, le problème le plus récurrent concernant la performance du TPIY était justement cet écart qui existait entre les attentes des victimes et la réalité. Troisièmement, la longueur et la complexité des procédures pénales établissaient un fossé entre les populations locales et le TPIY. Dans ce contexte, alors que les populations locales perdaient leur intérêt face au processus judiciaire, la longueur de la détention des responsables des crimes de guerre n'a fait qu'augmenter le sentiment de victimisation et d'héroïsme au

sein d'une société touchée par la guerre. Enfin, tous les problèmes liés au fonctionnement du TPIY concernant les perceptions des populations locales ont été manipulés par des acteurs politiques dans le cadre des discours sur la partialité, l'inefficacité et l'injustice du TPIY. Dans cette perspective, la culture du déni et du négationnisme et ce particulièrement parmi les Serbes et les Croates fut plus ferme en raison des politiques révisionnistes des acteurs politiques.

En outre, le consentement des acteurs politiques dans la région constitua une obligation pour que le TPIY puisse achever le deuxième pilier de sa mission, à savoir le rétablissement et le maintien de la paix. Dans cette perspective, nous considérons que le premier pilier de la mission fut accompli par les poursuites des criminels de guerre en ex-Yougoslavie, et correspondaient au début de l'évolution du droit international humanitaire et du droit pénal international.

L'évolution du droit humanitaire international et du droit pénal international a continué par l'établissement d'un autre tribunal pénal ad hoc international pour le Rwanda après le TPIY. Par la suite, les tribunaux hybrides ont été créés pour juger les violations du droit humanitaire. Parmi ces tribunaux hybrides qui prirent en compte les carences des tribunaux ad hoc comme la distance géographique, l'absence de localité et des efforts de sensibilisation, la gestion de la perception au niveau local figuraient le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone, les Chambres extraordinaires Cambodgiennes, le Tribunal spécial pour le Liban et le Tribunal hybride au Timor Leste. Finalement, la Cour pénal internationale permanente a été créée pour faire face à l'impunité. Ce faisant, l'institutionnalisation internationale permanente de la justice rétributive se réalisait. L'internalisation de la justice transitionnelle à l'échelle mondiale se fera à travers 123 pays signataires du Statut de Rome de la Cour.

Au-delà de l'institutionnalisation du droit humanitaire, le TPIY assura pour la première fois la mise en application de la Convention du génocide de 1948, les Conventions de Genève de 1949 et les Protocoles Additionnels. Dans ce cadre, la jurisprudence concernant les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide a été créée par le Tribunal. Les éléments constitutifs du génocide y compris « l'intention de détruire, en tout ou en partie », ont été appliqués dans la jurisprudence du TPIY. Grâce à celle-ci les violations des coutumes de guerre ont aussi été acceptées comme des crimes de guerre dans les guerres non- internationales. Ce faisant, la codification des crimes de guerre commis au cours des guerres internationales avait

déjà débuté. Ainsi, les Etats parties au Statut de Rome ont ratifié les crimes suivants : le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée et la stérilisation forcée dans un groupe séparé sous le titre des « violations graves des lois et des coutumes applicables aux conflits armés ne présentant pas un caractère international ». La codification du viol comme un crime contre l'humanité a été réalisée grâce à la jurisprudence du TPIY. Autrement dit, le TPIY et le TPIR ont formé le contenu substantif de la définition des crimes contre l'humanité et du génocide. Par conséquent, il serait pertinent d'admettre que l'héritage du TPIY à l'échelle mondiale en matière du droit international humanitaire et pénale fut plus efficace par rapport à son impact à l'échelle locale.

L'impact limité du TPIY à l'échelle locale était en grande partie lié aux conditions propres à la région. La rigidité des affiliations ethniques a rendu difficile l'établissement des vérités factuelles qui pouvaient être internalisées par tous les groupes. A l'origine, cette rigidité provenait du caractère intercommunal de la guerre en ex-Yougoslavie. Les responsables des crimes internationaux et les victimes vivaient ensemble déjà avant la guerre et la majorité était supposée continuer à vivre ensemble après la guerre. Il est vrai que le TPIY n'a pu mettre en accusation que 161 personnes et les poursuites dans les juridictions nationales ont avancé lentement. Cela dit, la poursuite de tous les coupables de guerre ne semblait pas pour autant possible dans le cas yougoslave puisque la société participa en grande partie aux violations du droit humanitaire. Le rétablissement des relations et d'un consensus sur le passé violent entre les belligérants ne fut pas facile. Alors que le TPIY essaya d'attribuer la responsabilité pénale individuelle aux personnes les plus responsables, et d'établir les vérités actuelles, son impact à l'échelle locale resta limité en matière de traitement du passé en dehors du renforcement de la capacité judiciaire nationale. Vu de cet aspect une stratégie préliminaire semblait essentielle durant la phase initiale de la création du TPIY mais ce n'était pas possible pour le premier tribunal pénal ad hoc qui a été créé au cours de la guerre par la résolution du Conseil de sécurité.

La négligence du processus de justice transitionnelle à l'échelle locale par le TPIY dans la phase initiale était liée à une lutte de survie jusqu'à la seconde moitié des années 1990. Il entama des travaux de sensibilisation au niveau local dès son affermissement. Comme expliqué auparavant, le fossé qui séparait le TPIY des populations régionales était en majorité dû aux perceptions des populations vis-à-vis

le TPIY, raison pour laquelle les acteurs politiques de la région eurent autant de facilité à manipuler les populations. Ces acteurs politiques instrumentalisèrent le TPIY internationalement et localement poussant les Etats de la région à coopérer avec le TPIY. Toutes les subventions économiques internationales et le mécanisme de conditionnalité ont mis en place la coopération avec le TPIY dans les conditions essentielles des relations avec les pays de l'ex-Yougoslavie. Pour toutes ces raisons, les élites politiques n'avaient d'autre choix que de coopérer avec le TPIY même si cette coopération était présentée à l'opinion publique comme un sacrifice en voie de l'intégration à la communauté internationale, particulièrement dans le processus de l'adhésion à l'UE. Encore à l'heure actuelle, les mêmes politiques populistes et révisionnistes continuent sans cesse. Les criminels de guerre extradés au TPIY, considérés comme des héros en Serbie et en Croatie ont continué de l'être après avoir purgé leurs peines et retourné au pays. La coopération instrumentale de la Croatie avec le TPIY, sans pour autant l'internalisation du processus de la justice transitionnelle, a été récompensée par son adhésion à l'UE en 2013. Il serait pertinent de noter que la Serbie sera aussi récompensée à son tour avec son adhésion à l'UE accompagnée du Monténégro en 2025 selon la dernière stratégie de l'UE sur les Balkans déclarée en février 2018.

Cela dit, cette perspective risque de poser des problèmes compte tenu des relations étroites entre la Serbie et la Russie. En effet, la Serbie continue d'être sous l'influence du Kremlin non seulement au niveau géopolitique mais aussi celui de la politique des valeurs puisque son incompatibilité avec l'UE est déjà apparente à plusieurs respects. Cette affinité russo-serbe constituerait une entrave à l'internalisation du concept de justice transitionnelle en Serbie. Ainsi, dans le pire des cas le concept aura atteint ses limites géographiques et culturelles devant la résurrection de la politique d'expansionnisme russe en Eurasie. En effet, le 16 janvier 2018, Oliver Ivanovic, politicien serbe du Kosovo a été assassiné alors que les négociations entre la Serbie et le Kosovo continuaient sous la supervision de l'UE. Juste après cet assassinat, la Serbie a quitté les négociations à Bruxelles. De son côté, la Russie a continué de soutenir la position de la Serbie qui défendait la non-reconnaissance de l'indépendance du Kosovo. La Russie n'a pas reconnu l'indépendance du Kosovo et en contrepartie la Serbie n'a pas participé au régime de sanctions imposé par l'UE face à la Russie concernant l'annexion de la Crimée. La

profonde relation soudée entre la Russie et la Serbie a été visible une fois de plus au cours de la visite de Sergei Lavrov, ministre russe des affaires étrangères en Serbie en février 2018. Les relations entre d'une part la Russie et la Serbie et d'autre part le Monténégro et la République serbe de Bosnie ont provoqué des tensions avec le monde occidental. La Russie s'est opposée à l'adhésion du Monténégro à l'OTAN en mai 2016 sous réserve que le peuple monténégrin ne voulait pas intégrer l'OTAN. De nos jours, elle essaye aussi d'affaiblir le processus d'adhésion de la Bosnie-Herzégovine à l'OTAN grâce à la position opposée de la République serbe de Bosnie. Autrement dit, la région serait encore à l'heure actuelle un terrain manipulé par la Russie qui continue d'exploiter les affiliations ethniques.

Au-delà des facteurs internes, les facteurs externes jouent aussi un rôle déterminant sur la stabilité de la région par conséquent sur le processus de la justice transitionnelle. Tandis que les relations entre les Etats ont évolué grâce à l'UE, il y a encore des sujets comme les réparations de guerre, les personnes disparues, les minorités, les problèmes de frontières qui risquent de nuire à la fragile stabilité dans la région basée sur les accords de Dayton. La structure prévue dans les accords de Dayton se compose de deux entités autonomes: la Fédération de la Bosnie-Herzégovine et la République serbe de Bosnie confirmant les lignes ethniques existantes. Par conséquent, c'est cette structure que les acteurs politiques locaux choisissent de manipuler. Autrement dit, les accords de Dayton ont assuré l'établissement d'une paix négative dans la région. Cependant, cette solution ne semblerait nullement réaliste et adéquate pour pouvoir établir une paix positive.

Brièvement, même si dans la théorie le TPIY a accepté le droit de savoir et le droit à la justice des composantes de la justice transitionnelle, dans la pratique pour les citoyens de l'ex-Yougoslavie, il fallait des mécanismes restaurateurs pour remplir le droit à la réparation et le droit aux garanties de non-répétition à l'échelle locale. Le TPIY a servi la justice et a établi des vérités factuelles sur les crimes commis dans les territoires de l'ex-Yougoslavie à partir de 1991 comme un instrument international de la justice transitionnelle. Quant à l'internalisation du processus de justice transitionnelle il y aurait encore des défis politiques à relever. Pour résumer, le concept de la justice transitionnelle serait de vigueur dans la région grâce au TPIY. En acceptant la coopération avec le TPIY comme la cascade du concept, les Etats-Unis, des organisations intergouvernementales internationales et régionales ont directement

contribué à ce processus. Il serait encore trop tôt de parler de la phase d'internalisation du concept en raison des politiques révisionnistes des acteurs politiques au niveau régional, du négationnisme dans l'opinion publique et de l'absence des mécanismes restaurateurs. A titre illustrateur, l'attitude de Mladic dans le procès reflétait bien ce négationnisme. La reconnaissance des vérités factuelles établies par le TPIY ne semblait pas intéresser Mladic qui affichait un comportement loin de tous regrets. Il essaya même de légitimer les violations du droit humanitaire durant la guerre en Bosnie en se référant à l'histoire de la Yougoslavie.

	L'émergence du concept de justice transitionnelle	La cascade du concept de la justice transitionnelle	L'internalisation du concept de la justice transitionnelle
Acteurs	-La communauté internationale -L'ONU	-Les Etats -Les organisations intergouvernementales (ONU, UE..etc.)	Les élites des régimes politiques dans les pays en transition Les ONG
Motivations	-La justice -La paix	-Les subventions économiques -L'adhérence à l'UE -L'intégration à la communauté internationale	-La conformité -L'intégration -La légitimité -L'Etat de droit -La démocratie -Les droits de l'homme -La réconciliation nationale
Mécanismes	-Le TPIY	-Le TPIY	- Les mécanismes restaurateurs comme la Commission de vérité à l'initiative de RECOM.

Tableau 1.3. : Les Phases du concept de Justice Transitionnelle en ex-Yougoslavie adapté à partir de Finnemore et Sikkink

L'internalisation de la justice transitionnelle peut être considérée comme un impact à long terme du TPIY, c'est pourquoi l'héritage de la jurisprudence comme le jugement de Mladic, de Karadzic ou du génocide de Srebrenica suscita un changement normatif dans les perceptions locales. La performance à court terme du Tribunal ne fut pas promoteur pour son futur puisqu'il ne joua pas le rôle dissuasif prévu par le Conseil de sécurité pour mettre fin aux hostilités en ex-Yougoslavie. Effectivement le génocide de Srebrenica et la guerre du Kosovo ont eu lieu après l'établissement du TPIY. La guerre au Kosovo éclata malgré le renforcement relatif du TPIY à partir de 1997. Contrairement à l'impact décevant du TPIY à court terme, son héritage sur le

développement du droit international humanitaire et du droit pénal international donne tout de même espoir pour son impact à long terme sur la théorisation de la justice transitionnelle en matière de la justice rétributive par l'institutionnalisation permanente du droit pénal international par la CPI.



BIBLIOGRAPHIE

DOCUMENTS

A) Arrêts

Cour Internationale de Justice, **Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé**, 9 Juillet 2004.

Cour permanente de Justice Internationale, **Arrêt de l'Usine de Chorzów**, No:13, 1978, Série A-No: 17.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, **Procureur c. Dusko Tadic**, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, La Chambre de première instance, No:IT-94-1, 10 août 1995.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, **Procureur c. Dusko Tadic**, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, La Chambre d'Appel, Affaire No:IT-94-1-AR72, 2 octobre 1995.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, **Procureur c. Dragan Nikolic**, IT-94-2-R61, 20 octobre 1995.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, **Procureur c. Milan Martić**, IT-95-11-R61, 8 mars 1996.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, **Procureur c. Mile Mrksić et al.**, IT-95-13-R61, 3 avril 1996.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, **Procureur c. Radovan Karadžić et Ratko Mladić**, IT-95-5-R61/IT-95-18-R61, 11 juillet 1996.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, **Procureur c. Ivica Rajić alias Victor Andrić**, IT-95-12-R61, 13 septembre 1996.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, **Procureur c. Slavko Dokmanović**, IT-95-13a, 29 juin 1998.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, **Fiche Informative de Prijedor (IT-94-1)**, Dusko Tadic, 26 janvier 2000.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, **Procureur c. Anto Furundzija**, IT-95-17/1, 21 juillet 2000.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, **Procureur c. Goran Jelusic**, IT-95-10i, 5 juillet 2001.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, **Procureur c. Miroslav Kvočka, Dragoljub Prcać, Milojica Kos, Mlado Radić et Zoran Žigić, Camps d'Omarska, de Keraterm et de Trnopolje**, IT-98-30/1, 2 novembre 2001.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, **Procureur c. Dusko Sikirica, Damir Dosen et Dragan Kolundzija**, IT-95-8, 13 novembre 2001.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, **Procureur c. Biljana Plavsic**, IT-00-39 et 40/1, 27 février 2003.

Tribunal Pénal Internationale pour l'ex-Yougoslavie, **Fiche Informative de Camp de Susica (IT-94-2)**, 4 février 2005.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, **Procureur c. Ante Gotovina, Ivan Čermak et Mladen Markač**, IT-06-90, 16 novembre 2012.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, **Procureur c. Tihomir Blaskic**, IT-95-14, 29 juillet 2014.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, **Procureur c. Ratko Mladic**, IT-09-92, 22 novembre 2017.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, **Programme de Sensibilisation 15 ans de sensibilisation aux travaux de TPIY, ONU-TPIY**, 2016, Pays-Bas.

Tribunal Pénal International pour le Rwanda, **Procureur c. Jean Paul Akayesu**, TPIR-96-4-T, Chambre I, 2 Septembre 1998.

B) Rapports

Amnesty International, **Further Reports of Torture and Deliberate and Arbitrary Killings in War Zones**, Mars 1992.

Amnesty International Bosnia-Herzegovina: **Gross Abuses of Basic Human Rights 1992.**

Amnesty International, **Bosnia-Herzegovina: Living for the Day-Forcible Expulsions from Bijeljina and Janja**, 1994.

Amnesty International, **Bosnia-Herzegovina: You Have No Place Here: Abuses in Bosnian Serb Controlled Areas**, 1994.

Assemblée Générale de l'ONU, **Rapport de l'Assemblée Générale sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition**, A/HRC/21/46, 9 août 2012.

Assemblée Générale de l'ONU, **Rapport de l'Assemblée Générale rédigé par le rapporteur spécial Pablo de Greiff sur la Promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition**, A/HRC/27/56, 27 août 2014.

Commissaire aux Droits de l'Homme, **Rapport du Commissaire aux Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe**, 7 novembre 2017.

Commission de Vérité et de Réconciliation en Afrique du sud, **Rapport final de la Commission de Vérité et de Réconciliation en Afrique du sud**, 1998.

Commission des Droits de l'homme de l'ONU, **Rapport de la Commission des Droits de l'homme rédigé par le rapporteur Louis Joinet sur la Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques)**, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 octobre 1997.

Commission des Droits de l'homme de l'ONU, **Rapport de la Commission des Droits de l'homme rédigé par le rapporteur Diane Orentlicher sur l'Ensemble de Principes pour la Protection et la Promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité**, E/CN.4/2005/102, 8 février 2005.

Commission du droit international de l'ONU, **Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-sixième session**, A/49/10, 2 mai – 22 juillet 1994.

Commission interaméricaine des droits de l'homme, **Rapport de la Commission interaméricaine des droits de l'homme**, 1985-1986.

Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des Etats, **Rapport de la responsabilité de protéger**, Décembre 2001.

Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, **Report of CSCE Mission to Inspect Places of Detention in Bosnia-Herzegovina**, 29 Août-4 Septembre 1992.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Special Report of the Secretary General on UNAMIR**, S/1994/470, 20 avril 1994.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Document Officiel**, Doc. NU S/PV.3453, 8 novembre 1994.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Troisième rapport annuel du TPIY**, A/51/292-S/1996/665, 16 août 1996.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Quatrième rapport annuel du TPIY**, A/52/375-S/1997/729, 18 septembre 1997.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Rapport sur le Rétablissement de l'état de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit**, S/2004/616, 23 août 2004.

Conseil Economique et Sociale de l'ONU, **Rapport par le rapporteur M. Cherif Bassiouni sur le droit à restitution, à indemnisation et à réadaptation des victimes de graves violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales**, E/CN.4/1999/65, 8 février 1999.

Documenta, **Rapport sur la justice transitionnelle dans les pays de l'ex-Yougoslavie**, 2006.

Documenta, **Rapport annuel de Documenta** (Center for Dealing with the Past Centre for Peace, Nonviolence and Human Rights – Osijek), 2016.

Haut-Commissariat des Nations-Unies aux droits de l'homme, **Rapport sur les Principes directeurs relatifs au déplacement de personnes à l'intérieur de leur propre pays**, E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 février 1998.

Haut-Commissariat des Nations-Unies aux droits de l'homme, **Rapport aux droits de l'homme sur la Promotion et Protection des droits de l'homme étude sur le droit à la vérité**, 8 février 2006.

Haut-Commissariat des Nations-Unies aux droits de l'homme, **Rapport sur le séminaire concernant différentes expériences en matière d'archives en tant que moyen de garantir le droit à la vérité**, A/HRC/17/21, 14 avril 2011.

Helsinki Watch, **Report on War Crimes in Bosnia-Herzegovina (Août 1992), Abuses Continue in the Former Yugoslavia: Serbia, Montenegro and Bosnia-Herzegovina**, Juillet 1993.

Humanitarian Law Center, **Rapport de Humanitarian Law Center sur la Justice Transitionnelle entre 2013-2015**.

Humanitarian Law Center, **Rapport de Humanitarian Law Center sur les procès des crimes de guerre en Serbie**, 2016.

Organisation des Nations Unies, **Rapport de la commission indépendante de l'enquête sur les actions de l'ONU lors du génocide de 1994 au Rwanda**, S/1999/1257, 15 décembre 1999.

Organisation des Nations Unies, **Rapport de l'ONU sur le droit à la vérité**, A/HRC/12/19, 21 août 2009.

Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, A/59/565, 2 décembre 2004.

Rapport Valech, **Rapport de la commission nationale sur l'emprisonnement et la torture en Chili**, 29 novembre 2004.

Secrétaire Générale de l'ONU, **Rapport S/25704 établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du conseil de sécurité**, 3 mai 1993.

Secrétaire Générale de l'ONU, **Rapport présenté par le Secrétaire général, La chute de Srebrenica**, A/54/549, le 15 novembre 1999.

Secrétaire Générale de l'ONU, **Rapport sur l'établissement d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone**, S/2000/95, 4 octobre 2000.

Secrétaire Générale de l'ONU, **Rapport sur le Rétablissement de l'Etat de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit**, S/2004/616, 3 août 2004.

Sécretariat Générale de l'ONU, **Rapport sur la mise en oeuvre de la responsabilité de protéger**, A/63/677, le 12 janvier 2009.

Secrétaire Générale de l'ONU, **Rapport sur alerte rapide, évaluation et responsabilité de protéger**, A/64/864, 14 juillet 2010.

Secrétaire Générale de l'ONU, **Rapport sur le rôle des accords régionaux et sous régionaux dans la mise en œuvre de la responsabilité de protéger**, A/65/877-S/2011/393, 28 juin 2011.

Secrétaire Générale de l'ONU, **Rapport sur l'Etat de droit et justice transitionnelle dans les sociétés en situation de conflit ou d'après conflit**, S/2011/634, 12 octobre 2011.

Secrétaire Générale de l'ONU, **Rapport du Secrétaire général sur la responsabilité de protéger, réagir de manière prompt et décisive**, A/66/874-S/2012/578, 25 juillet 2012.

Secrétaire Générale de l'ONU, **Rapport sur la responsabilité de protéger: responsabilité des Etats et prévention**, A/67/929-S/2013/399, 9 juillet 2013.

Secrétaire Générale de l'ONU, **Rapport du Secrétaire général sur nous acquitter de notre responsabilité collective: assistance internationale et responsabilité de protéger**, A/68/947-S/2014/449 11 juillet 2014.

Secrétaire Générale de l'ONU, **Rapport sur un engagement essentiel et constant: mise en œuvre de la responsabilité de protéger**, A/69/981-S/2015/500, 13 juillet 2015.

Secrétaire Générale de l'ONU, **Rapport sur la responsabilité de protéger au cours de 10 prochaines années: mettre en œuvre l'action collective**, A/70/999-S/2016/620, 22 juillet 2016.

Union Européenne, **Rapport d'avancement de la Serbie 2007**, SEC(2007) 1435, Brussels, 6 novembre 2007.

Union Européenne, **Rapport d'avancement de la Serbie 2008**, SEC(2008) 2698, Brussels, 5 novembre 2008.

C) Résolutions de l'ONU

Assemblée Générale de l'ONU, **Résolution 260**, 9 décembre 1948, A/RES/260.

Assemblée Générale de l'ONU, **Résolution 898**, 14 décembre 1954, A/RES/898.

Assemblée Générale de l'ONU, **Résolution 1186**, 11 décembre 1957, A/RES/1186.

Assemblée Générale Générale de l'ONU, **Résolution 2625**, 24 octobre 1970, A/RES/2665.

Assemblée Générale Générale de l'ONU, **Résolution 3220(XXIX)**, 17 Septembre 1974, A/RES/3220.

Assemblée Générale de l'ONU, **Résolution 3314**, 14 décembre 1974, A/RES/3314.

Assemblée Générale Générale de l'ONU, **Résolution 33/173**, 15 Décembre 1978, A/RES/33/173.

Assemblée Générale de l'ONU, **Résolution 40/34**, 29 Novembre 1985, A/RES/40/34.

Assemblée Générale Générale de l'ONU, **Résolution 47/132**, 14 Décembre 1990, A/RES/47/132.

Assemblée Générale Générale de l'ONU, **Résolution 45/165**, 18 Décembre 1990, A/RES/45/165.

Assemblée Générale Générale de l'ONU, **Résolution 54/179**, 7 Mars 2000, A/RES/54/179.

Assemblée Générale de l'ONU, **Résolution 57/228**, 13 Mai 2003, A/RES/57/228.

Conseil de l'Europe, **Résolution 1463**, 3 Octobre 2005.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 688**, 5 avril 1991, S/RES/688.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 713**, 25 Septembre 1991, S/RES/713.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 743**, 21 février 1992, S/RES/743.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 757**, 30 Mai 1992, S/RES/757.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 764**, 13 juillet 1992, S/RES/764.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 770**, 13 août 1992, S/RES/770.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 771**, 12 août 1992, S/RES/771.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 780**, 6 octobre 1992, S/RES/780.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 794**, 3 décembre 1992, S/RES/794.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 808**, 22 février 1993, S/RES/808.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 814**, 26 mars 1993, S/RES/814.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 819**, 16 avril 1993, S/RES/819.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 824**, 6 mai 1993, S/RES/824.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 827**, 25 mai 1993, S/RES/827.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 836**, 4 juin 1993, S/RES/836.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 837**, 7 juin 1993, S/RES/837.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 872**, 5 octobre 1993, S/RES/872.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 909**, 5 avril 1994, S/RES/909.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 912**, 21 avril 1994, S/RES/912.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 918**, 17 mai 1994, S/RES/918.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 925**, 8 juin 1994, S/RES/925.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Resolution 1160**, 31 mars 1998, S/RES/1160.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 1244/1999**, 10 Juin 1999, S/RES/1244/1999.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 1315**, 14 Août 2000, S/RES/1315.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 1458**, 28 Janvier 2003, S/RES/1458.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 1593**, 31 mars 2005, S/RES/1593.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 60/147**, 16 Décembre 2005, S/RES/60/147.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 1674**, 28 avril 2006, S/RES/1674.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 1757**, 30 Mai 2007, S/RES/1757.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Résolution 1970**, 26 février 2011, S/RES/1970.

Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU, **Résolution 2005/66**, 20 Avril 2005.

Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU, **Résolution A/HRC/RES/9/11**, 18 Septembre 2008.

Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU, **Résolution A/HRC/RES/10/26**, 14 Janvier 2009.

Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU, **Résolution A/HRC/RES/12/12**, 12 Octobre 2009.

Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU, **Résolution A/HRC/RES/15/05**, 6 Octobre 2010.

Conseil des Droits de l'Homme de l'ONU, **Résolution A/HRC/21/7**, 10 Octobre 2012.

Conseil Economique et Social de l'ONU, **Résolution 1989/65**, 24 Mai 1989.

D) Traités internationaux et documents officiels

Accord-Cadre générale pour la paix en Bosnie-Herzégovine, 30 novembre 1995.

Accords de Dayton, 21 novembre 1995.

Commission Européenne, **Communiqué de presse** du 1er février 1995(CC/PIO/003-F).

Commission pour la poursuite des crimes contre la nation polonaise, **ACT of 18 October 2006 on the disclosure of information on documents of state security in Romania in the years 1944-1990**.

Conférence Mondiale sur le droit de l'homme, **Déclaration et Programme d'Action de Vienne**, 25 Juin 1993.

Conseil de l'Europe, **Recommandation 1056**, le 5 Mai 1987.

Conseil de l'Europe, **Recommandation 1679**, 7 Octobre 2004.

Conseil de l'UE, **Communiqué du Presse adoptée consacrée aux affaires générales et relations extérieurs**, 3 Octobre 2005.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Déclaration du président**, S/PRST/1994/21, 30 avril 1994.

Conseil de Sécurité de l'ONU, **Supplément à l'Agenda pour la paix**, S/1995/1, 25 janvier 1995.

Conseil de Sécurité, **Document S/2002/678 de l'ONU**, 19 juin 2002.

Conseil Économique et Social des Nations Unies, **Principes fondamentaux relatifs au recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale**, E/2002/30.

Conseil Économique et Social des Nations Unies, **Principes fondamentaux relatifs au recours à des programmes de justice réparatrice en matière pénale**.

Convention américaine des droits de l'homme, 22 novembre 1969.

Convention européenne des droits de l'homme, 4 novembre 1950.

Conventions de Genève de 1949 et Protocoles additionnels de 1977.

Haut-Commissariat de l'ONU aux Droits de l'Homme, **Publication sur les instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit**, HR/PUB/08/1, 2008.

Haut-Commissariat de l'ONU aux droits de l'homme, **Publication sur les instruments de l'état de droit dans les sociétés sortant d'un conflit assainissement : cadre opérationnel**, HR/PUB/06/5, 2006.

International Center of Transitional Justice, **"Serbia and Montenegro: Selected Developments in Transitional Justice"**, Case Study Series, October 2004.

International Law Commission, Emil Sandsstörn, "Question of International Criminal Jurisdiction", **Document de l'ONU**, A/CN.4/20, Year Book of the International Law Commission II, 1950.

L'Afrique du Sud, **Loi de 1995 relative à la promotion de l'Unité Nationale et de la Réconciliation, 1995**.

Mission d'Enquete de la Communauté européenne, Document S/25240, **La Mission d'Enquete de la Communauté européenne sur le traitement reserve aux femmes musulmanes dans l'ex-Yougoslavie**, le 3 février 1993.

Office de la Drogue et du Crime de l'ONU, **Manuel sur les programmes de justice réparatrice**, New York, 2008.

Organisation des Nations Unies, **Communiqué de presse de l'ONU**, 07.04.2009.

Organisation des Nations Unies, **Déclaration de Vienne sur la criminalité et la justice: relever les défis du XXI^e siècle**, Dixième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, Vienne, A/CONF.184/4/Rev.3, 10-17 avril 2000.

Organisation des Nations Unies, **Document final du Sommet mondial de 2005**, 15 septembre 2005.

Organisation des Nations Unies, **Les Instruments de l'Etat de Droit dans les Sociétés Sortant d'un Conflit Programmes de Réparation**, 2008, Genève

Organisation des Nations Unies, Ricardo J. Alfaro, "Question of International Criminal Jurisdiction", **Document A/CN.4/15 et Corr I**, Year Book of the International Law Commission II, 1950.

Secrétaire Générale de l'ONU, **Lettre adressée au président du conseil de sécurité**, S/1994/64, 27 mai 1994.

Secrétaire Générale de l'ONU, **Lettre adressée au président du conseil de sécurité**, S/25274, 10 février 1993.

Secrétaire Générale de l'ONU, **Lettre adressée au président du conseil de sécurité**, S/26545, 6 octobre 1993.

Secrétaire Générale de l'ONU, **Note du Secrétaire général de l'ONU à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité**, A/49/342 S/1994/1007, 29 août 1994.

Secrétaire Générale de l'ONU, **Note du Secrétaire Générale de l'ONU sur la Promotion et Protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression**, A/68/362, 4 septembre 2013.

Statut actualisé du Tribunal International pour l'ex-Yougoslavie, Septembre 2009.

Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale Pénale, 1 juillet 2002.

Tribunal Pénal Internationale pour l'ex-Yougoslavie, **Règlement et Preuve du TPIY**, 8 juillet 2015.

United Nations Development Program- UNDP, Louis Aucoin et Eileen Babbitt, **“Transitionl Justice: Assessment Survey of Conditions in the Former Yugoslavia”**, Report (June 2006), Belgrade.

OUVRAGES

AKSAR Yusuf, **Implementing International Humanitarian Law from the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court**, New York: Routledge, 2004.

BAILLLET Cecilia M. Bailliet and MUJEZINOVIC LARSEN Kjetil (eds.), **Promoting Peace through International Law**, Oxford: Oxford University Press, 2015.

BASS Gary Jonathan, **Stay the Hand of Vengeance: The Politics of War Crime Tribunals**, New Jersey: Princeton University Press, 2000.

BATT Judy et OBRADOVIC-WOCHNIK Jelena, **War Crimes, conditionality and EU integration in the Western Balkans**, Paris: Institute for Security Studies, 2009.

BATTISTELLA Dario, **Théories des Relations Internationales**, Paris : Presses de Sciences Po., 2003.

BAZELAIRE Jean-Paul et CRETIN Thierry, **La Justice Pénale Internationale**, Paris : Presses Universitaires de France, 2000.

BELANGER Michel, **Droit International Humanitaire Général**, Paris : Gualino Editeur, 2007

BUIRETTE Patricia, **Le Droit International Humanitaire**, Paris : Editions La Découverte, 1996.

CARR E. H., **The Twenty Years' Crisis, 1919-1939**, New York: Harper and Row, 1964.

CLARK Wesley K., **Waging Modern War: Bosnia, Kosova, and the Future Combat**, New York: Public Affairs, 2001.

COURSIER Henri, **Cours de cinq leçons sur les Conventions de Genève**, Genève : Comité International de la Croix Rouge, 1963.

DE GREIFF P., **Handbook of Reparations**, Oxford: Oxford University Press, 1998.

DE VATTEL Emer, **Le Droit des Gens ou des Principes de la Loi Naturelle appliqué à la conduite et aux affaires des nations et des souverains**, Tome III, Londres, 1798.

DELPLA Isabelle et BESSONE Magali, **Peines de guerre, La justice pénale internationale et l'ex-Yougoslavie**, Paris : EHESS, 2009.

DESPORTES Frédéric et LE GUNEHEC Francis, **Droit Pénal Général**, Paris: Economica, 2003.

DURANT Henry, **Un Souvenir de Solferino, la reproduction du textuelle de l'édition originale**, Genève : Comité international de la Croix-Rouge, 1852.

ELSTER Jon, **Closing the Books Transitional Justice in Historical Perspective**, New York: Cambridge University Press, 2004.

FIOTT Daniel et KOOPS Joachim, **The Responsibility to Protect and the Third Pillar Legitimacy and Operationalization**, London: Palgrave Macmillan, 2015.

FREEMAN Mark, **Bosnia and Herzegovina: Selected Developments in Transitional Justice**, New York: International Center for Transitional Justice, October 2004.

FUTAMURA Madoka, **War Crimes Tribunal and Transitional Justice: The Tokyo Trial and the Nuremberg Legacy**, New York: Routledge, 2008.

GOW James, KERR Rachel et PAJIC Zoran, **Prosecuting War Crimes Lessons and legacies of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia**, New York: Routledge, 2014.

GROTIUS Hugo, **Du Droit de la Guerre et de la Paix**, trad. par Monsieur de Courtin, La Haye : Les Freres Van Dole, 1703.

GROTIUS Hugues, **Le droit de la guerre et de la paix**, Centre de Philosophie politique et juridique, publication de l'Université de Caen, Tome I, 1984.

GÜNAL Asena et ÖZENGİ Önder eds. **Bir Daha Asla! Geçmişle Yüzleşme ve Özur**, İstanbul: İletişim Yay., 2013

HAYNER Priscilla B., **Unspeakable Truths Confronting State Terror and Atrocity**, London: Routledge, 2001.

HAZAN, Pierre, **La justice face à la guerre**, De Nuremberg à La Haye, Paris : Stock, 2000.

HIRSCH John L. et OAKLEY Robert B., **Somalia and Operation Restore Hope: Reflections on Peacemaking and Peacekeeping**, Washington: United States Institute of Peace, 1995.

HOLBROOKE Richard, **Bir Savaşı Bitirmek**, İstanbul:Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1998.

HUNTINGTON Samuel, **The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century**, Norman: University of Oklahoma Press, 1991.

IZZETBEGOVIC Alija, **Tarihe Tanıklığım**, İstanbul:Klasik Yayınları, 2003.

KHALIFA Ahmed F., **La Justice Transionnelle**, Toulouse: Association Internationale de Droit Pénal, 2013.

KRITZ, Neil J., ed. **Transitional Justice: How Emerging Democracies Reckon with Former Regimes: General Considerations, Vol. 1**, Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press, 1995.

KUHN Thomas, **La Structure des Révolutions Scientifiques**, Paris : Flammarion, 1983.

LAWTHER Cherly et MOFFETT Luke, **Research Handbook on Transitional Justice**, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, June 2017.

Le Chemin vers La Haye, **Sélection de documents sur les origines du TPIY, TPIY**, Doc.7., 1996.

LESCURE Karine, **Le Tribunal Penal international pour l'ex-Yougoslavie**, Paris : Montchrestien, 1994.

LONG William J. et BRECKE Peter, **War and Reconciliation: Reason and Emotion in Conflict Resolution**, Cambridge: Mass MIT Press, 2003.

MACLEOD Alex et O'MEARA Dan, **Théories des Relations Internationales Contestations et Résistance**, Paris :Athéna, 2010.

MANI Rama, **Beyond Retribution Seeking Justice in the Shadows of War**, Cambridge: Polity Press, 2002.

MAYER RIECHK Alexander et DE GREIFF Pablo, **Justice as Prevention Vetting Public Employees in Transitional Societies**, New York: Social Science Research Council, April 2008.

MINOW Martha, **Between Vengeance and Forgiveness**, Boston: Beacon Press, 1998

ORENTLICHER Diane F., **Shrinking the Space for Denial**, New York:Open Society Justice Initiative, Mars 2008.

ORENTLICHER Diane F., **That Someone Guilty be Punished**, New York: Open Society Justice Initiative, 2010.

RATNER S. R., ABRAMS J.S. et BISCHOFF J. L., **Accountability for Human Rights Atrocities in International Law Beyond the Nuremberg Legacy**, New York:Oxford University Press, 2009.

REMACLE Robert, **“La Conduite des Operations Militaires au Regard du Droit des Conflits Armes”**, Actualité du Droit International Humanitaire, Bruxelles : La Charte, 2001.

ROHT-ARRIAZA Naomi et MARIEZCURRENA Javier, **Transitional Justice in the Twenty-First Century**, Cambridge:Cambridge University Press, 2006

ROHT-ARRIAZA Naomi, **Impunity and Human Rights in International Law and Practice**, Oxford:Oxford University Press, 1995.

ROTBERG Robert I. et THOMPSON Dennis, **Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions**, New Jersey:Princeton University Press, 2000.

SALAS Denis, **Victimes de guerre en quête de justice: faire entendre leur voix et les pérenniser dans l'histoire**, sous la direction de, Paris :L'Harmattan, 2004.

SANDS Philippe, **From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice**, Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

SCHABAS William A. et BERNAZ Nadia, **Routledge Handbook of International Criminal Law**, New York:Routledge, 2011.

SCHABAS William A., **An Introduction to the International Criminal Court**, Cambridge:Cambridge University Press, 2011.

SCHABAS William A., **The UN International Criminal Tribunals The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone**, New York:Cambridge University Press, 2006.

SCHARF Micheal P., **Balkan Justice: The Story Behind the First International War Crimes Trial Since Nuremberg**, North Carolina:Carolina Academic Press, 1997.

SCHIMMELFENNIG Frank et SEDELMEIER Ulrich, **The Europeanization of Central and Eastern Europe** ed. par Frank Schimmelfennig et Ulrich Sedelmeier, New York: Cornell University Press, 2005.

SEILS P., **Guide de la Complémentarité Introduction quant au rôle des juridictions nationales et de la Cour pénale internationale dans la poursuite**

des crimes internationaux, New York : Centre International pour la Justice Transitionnelle, 2006.

SEWALL Sarah. B. et KAYSEN Carl, **The United States and the International Criminal Court**, Oxford: American Academy of Arts and Sciences, 2000.

SIKKINK Kathryn, **The Justice Cascade How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics**, New York: Norton, 2011.

SIMONS Geoff, **United Nations A Chronology of Conflict**, London: Palgrave Macmillan, 1994.

SOYSAL İsmail Soysal et KUT Şul, **Dağılan Yugoslavya ve Bosna-Hersek Sorunu: Olaylar-Belgeler 1990-1996**, İstanbul: Ortadoğu ve Balkan İncelemeleri Vakfı, 1997.

STAN Lavinia, **Transitional Justice in Eastern Europe and Former Soviet Union: Reckoning with the communist past**, New York: Routledge, 2009.

SUBOTIC Jelena, **Hijacked Justice Dealing with the Past in the Balkans**, New York: Cornell University Press, 2009.

SWART Bert, ZAHAR Alexander et SLUITER Göran, **The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia**, New York: Oxford University Press, 2011.

TEITEL Ruti G., **Globalizing Transitional Justice**, Oxford: Oxford University Press, 2014.

TEITEL Ruti G., **Transitional Justice**. New York: Oxford University Press, 1999.

The Independent International Commission on Kosovo, **The Kosovo Report: Conflict, International Response, Lessons Learned**, Oxford: Oxford University Press, 2000.

VAN NESS Daniel et HEETDERKS STRONG Karen, **Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice**, New York: Anderson, 2010.

WALTZ Kenneth N., **Theory of International Politics**, Lexington: Addison-Wesley, 1979.

WHEELER Nicholas J., **Saving Strangers Humanitarian Intervention in International Society**, New York: Oxford University Press, 2000.

WILLIAMS Paul R. et SCHARF Micheal P., **Peace with Justice War Crimes and Accountability in the Former Yugoslavia**, Oxford: Rowman&Littlefield Publishing, 2002.

ARTICLES

ABEL Olivier, "Pardon, Histoire, Oubli", **Revue Internationale et Stratégique**, 2012/4(no:88), pp.59-66.

ADELMAN H Howard, « Preventing Post-Cold War conflicts: What have we learned? The Case of Rwanda », le document présenté dans **la Conférence de l'Association des Etudes Internationales à San Diego**, California, le 17 avril 1996.

AKHAVAN Payam, "Justice in The Hague, Peace in the Former Yugoslavia? A Commentary on the United Nations War Crimes Tribunal", **Human Rights Quarterly**, Vol.20, No.4, November 1998, pp.737-816.

ANDRIEU Kora, "Transitional Justice: A New Discipline in Human Rights", **Online Encyclopedia of Mass Violence**, Janvier 2010.

ARMAKOLAS Ioannis et VOSSOU Eleni, "Transitional Justice in Practice: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Beyond", **UNISCI Discussion Papers**, No: 18, October 2018, pp.21-58.

ARTHUR Paige, "How Transitions Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice", **Human Rights Quarterly**, 31 (2009), pp.321-367.

AUKERMAN Miriam J., "Extraordinary Evil, Ordinary Crime: A Framework for Understanding Transitional Justice", **Harvard Human Rights Journal**, Vol.15, 39, 2002, pp.39-98.

AVRUCH Kevin et VEJARANO Beatriz, "Truth and Reconciliation Commission: A Review Essay and Annotated Bibliography", **The Online Journal of Peace and Conflict Resolution**, 4,1, 2002, pp.37-76.

BADINTER Robert, "De Nuremberg à la Haye", **Revue Internationale de Droit Pénal**, 2004/3(Vol.75), pp.697-707.

BAN-JENSEN Nina, "Tribunal Justice: The Challenges, The Record, and the Prospects", **American University International Law Review** 13, No: 6 (1998), pp.1541-1577.

BARNETT Micheal N. et FINNEMORE Martha, "The Politics, Power and Pathologies of International Organizations", **International Organization**, Vol.53, No.4 (Autumn, 1999), pp.699-732.

BASSIOUNI M. Cherif, "Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability", **Law and Contemporary Problems**, Vol.59, No:4, pp.9-28.

BASSIOUNI M. Cherif, "The Commission of Experts Established pursuant to Security Council Resolution 780: Investigating Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia", **Criminal Law Forum**, Vol.5, Nos.2-3, 1994, pp.279-340.

BASTY Florence, "La sécurité humaine: un renversement conceptuel pour les relations internationales", **Raisons Politiques**, 2008/4, No:32, pp.35-57.

BELL Christine, "Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the "Field" or "Non-Field", **The International Journal of Transitional Justice**, Vol.3 (2009), pp.5-27.

BELL Christine, CAMPBELL Colm et NÍ AOLAIN Fionnuala, "Transitional Justice (Re)conceptualising the Field", **International Journal of Law in Context**, 3, 2, 2007, pp.81-88.

BERDAL Mats R., "The Security Council, Peacekeeping and Internal Conflict after the Cold War", **Duke Journal of Comparative International Law**, 7/1, 1996, pp. 71-92.

BESSONE Magali, "Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie: la justice en vue de la paix? », **Le Philosophoire**, 2005/1 (n° 24), pp.51-74.

BIRDSALL Andrea, "The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia-Towards a More Just Order?", **Peace Conflict&Development**, Vol.8, January 2006, pp.1-24.

BLAKESLY C.L. "Comparing the Ad hoc Tribunal for Crimes Against Humanitarian Law in the Former Yugoslavia& the Project for an International Criminal Court, Prepared by the International Law Commission", **International Review of Penal Law**, Vol.67, 1996, pp. 139-208.

BOED Roman, "An Evaluation of the Legality and Efficacy of Lustration as a Tool of Transitional Justice", **Columbia Journal of Transnational Law**, 357, 1998-1999, pp.357-402.

BRAITHWAITE John, "Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts", **Crime and Justice**, Vol.25, 1999, pp.1-127.

BREHM Hollie Nyseth, UGGEN Christopher et GASANOBO Jean-Damascène, "Genocide, Justice, and Rwanda's Gacaca Courts", **Journal of Contemporary Criminal Justice**, 2014, Vol. 30(3), pp.333-352.

CLARK Janine Natalya, "Transitional Justice, Truth and Reconciliation: An Under-Explored Relationship", **International Criminal Law Review**, 11(2011), pp.241-261.

COHEN David, "Hybrid Justice in East Timor, Sierra Leone, and Cambodia: Lessons Learned and Prospects for the Future", **Stanford Journal of International Law**, Vol.43, 2007, pp.1-38.

COLSON Aurélien J., "The Logic of Peace and the Logic of Justice", **International Relations**, Vol. XV, No.1, April 2000, pp.51-63.

CVIIC Christopher, An Awful Warning: The War in Ex-Yougoslavie: Centre for Policy Studies, **Policy Study 1994**, No:139, pp. 29-76.

DANCY Geoff, KIM Hunjoon & WIEBELHAUS-BRAHM Eric (2010), "The Turn to Truth: Trends in Truth Commission Experimentation", **Journal of Human Rights**, 9:1, pp. 45-64.

DAVIS Laura, "Transitional Justice and Security System Reform", **Initiative for Peacebuilding**, June 2009, pp.1-20.

DE CHAZOURNES Boisson et LUIGI Laurence Condorelli, "De la responsabilité de protéger, ou d'une nouvelle parure pour une Notion déjà bien établie", **Revue générale de droit international public**, 2006, no.1, pp.11-18.

DE VLAMING Frederiek, « The Yugoslavia Tribunal and The Selection of Defendants », **Amsterdam Law Forum**, Spring Issue, Vol 4:2, 2012, pp.89-103.

DICKINSON Laura A., "The Promise of Hybrid Courts", **The American Journal of International Law**, Vol.97, No.2 (Avr.2003), pp.295-310.

DICKINSON Laura A., "The Relationship Between Hybrid Courts and International Courts: The Case of Kosovo", **New England Review**, Vol.37: 4, 2002-2003, pp.1059-1072.

DU BOIS Pierre, "L'union européenne et le naufrage de la Yougoslavie (1991-1995)", **Relations Internationales**, No:104, Hiver 2000, pp. 469-485.

DU TOIT Andre, "La Commission de vérité et réconciliation sud-africaine histoire locale et responsabilité face au monde", **Politique Africaine**, 2003/4(No : 92), pp.97-116.

DUMAS Hélène, "Histoire, justice et réconciliation: les juridictions gacaca au Rwanda », **Mouvements**, 2008/1, No : 53, pp.110-117,

DUMAS Hélène, "Rwanda: Comment Juger un Génocide?", **Politique Etrangère**, 2015/4(Hiver), pp.39-50.

DUTHIE Roger, "Transitional Justice and Social Reintegration", Paper prepared for **Stockholm Initiative on Disarmement Demobilisation Reintegration(SIDDR)**, Working Group 3:Reintegration and Peace Building meeting, April 4-5 2005, pp.1-33.

EVANS Gareth, "From Humanitarian Intervention to the Responsibility to Protect", **Winconsin International Law Journal**, Vol. 24, No.3, pp.703-722.

FINNEMORE Martha et SIKKINK Kathryn, « International Norm Dynamics and Political Change », **International Organization**, Vol.52, No.4, International Organization at Fifty: Exploration and Contestation in the Study of World Politics(Autumn, 1998), pp.887-917.

FLETCHER Laurel E. ,WEÏNSTEÏN Harvey M. et ROWEN Jamie, "Context, Timing and the Dynamics of Transitional Justice: A Historical Perspective", **Human Rights Quarterly**, Volume 31, Number 1, February 2009, pp.165-217.

FORSYTHE David P., "Human Rights and Mass Atrocities: Revisiting Transitional Justice", **International Studies Review** (4 March 2011), pp.85-95.

FRÖHLICH Anita, "Reconciling Peace with Justice: A Cooperative Division of Labour", **Suffolk Transnational Law Review**, Vol.30:2, 271, 2006-2007, pp.271-316.

GAUTIER-AUDEBERT Agnès, "La responsabilité de protéger: une obligation collective en quête d'application par la communauté internationale", **Revue Ubuntou**, No:1, 2013, pp.49-65

GIBSON James L., « The Contributions of Truth to Reconciliation », **Journal of Conflict Resolution**, Vol.50 No.3, June 2006, pp.409-432.

GOLDSTONE Richard, "Justice As a Tool for Peace-Making: Truth Commissions and International Criminal Tribunals", **N.Y.U. Journal of International Law and Politics**, Vol.28, 485, 1995-1996, pp.485-504.

GOLDSTONE Richard, Exposing Human Rights Abuses-a Help or Hindrance to Reconciliation", **Mathew O. Tobriner Memorial Lectures**, UC Hastings Archives and History, 1994, p.607-621.

GUEMBE Maria José, "Economic Reparations for Grave Human Rights Violations: The Argentinian Experience", dir. par Pablo de Greiff eds. **Handbook of Reparations**, Oxford University Press, 1998, Oxford, pp.21-54.

HALL Christopher Keith, "The First Proposal for a Permanent International Criminal Court", **International Review of the Red Cross**, No:322, 31.03.1998.

HARTMANN Florence, "Juger et pardonner des violences d'Etat: deux pratiques opposées ou complémentaires?", **Revue Internationale et Stratégique**, 2012/4 (no.88), pp.67-80.

HAYNER Priscilla, "Fifteen Truth Commissions 1974 to 1994: A Comparative Study", **Human Rights Quarterly**, Vol. 16, No. 4 (Nov.

HAZAN Pierre, "Les dilemmes de la justice transitionnelle", **Mouvements**, 2008/1, no.53, pp.41-47.

HEINTZE Hans-Joachim, "On the Relationship between human rights law protection and international humanitarian law", **IRRC**, Vol:86, No:856, Décembre 2004, pp.789-814.

HENDY Daniel J., « Is a Truth Commission the Solution to Restoring Peace in Post-Conflict Iraq?", **Ohio State Journal of Dispute Resolution**, 20, pp.527-562.

HIB Claudia , "Argentine: ni oubli ni pardon?", **Revue Internationale et Stratégique**, 2012/4(no.88), pp.109-116.

HIGONNET Ethel, "Restructuring Hybrid Courts: Local Empowerment and National Criminal Justice Reform", **Student Scholarship Papers**, Paper 6, 2005, pp.1-71.

HOLZGREFE J.L., "The Humanitarian Intervention Debate", dans **Humanitarian Intervention Ethical, Legal and Political Dilemmas**, ed. par J.L.Holzgreffe et Robert O. Keohane, Cambridge University Press, 2003, Cambridge, pp.13-52.

HORNE Cynthia M., "International Legal Rulings on Lustration Policies in Central and Eastern Europe: Rule of Law in Historical Context", **Law and Social Inquiry**, (2009), 34(3), pp.713-744.

ISSA Fehima, "Pour un dépassement de la dichotomie paix ou justice", **La Justice Transitionnelle**(2013), No.24, La Rochelle, pp.17-32.

JOHNSON Scott, "On the Road to Disaster: the Rights of the Accused and the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", **International Legal Perspectives**, vol.10, no.1, 1998, pp.111-192.

JOVIC Dejan, "Croatia and the European Union: A long delayed journey", **Journal of Southern Europe and the Balkans**, vol.8, no.1, pp.85-103.

KALSHOVEN Frits et ZEGVELD Liesbeth, "Constraints on the Waging of War, An Introduction to International Humanitarian Law", **ICRC**, Geneva, March 2001.

KALSHOVEN Frits, "From International Humanitarian Law to International Criminal Law", **Chinese Journal of International Law** (2004), 3(1), pp.151-161.

KAMATILI Jean Marie, "The Challenge of Linking International Criminal Justice and National Reconciliation: the Case of ICTR", **Leiden Journal of International Law**, Vol.16(2003), pp.115-133.

KAMTO Maurice, "Les enjeux de la justice et de la paix dans les situations de conflit et post-conflit", **La Justice Transitionnelle: Une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable**(2000), Conference Paper 1/2011, Dealing with Past series, berne, pp.32-33.

KATZENSTEIN Suzanne, "Hybrid Tribunals: Searching for Justice in East Timor", **Harvard Human Rights Journal**, Vol.16, 2003, pp.245-278.

KERVAREC Gaëlle, "L'intervention d'humanité dans le cadre des limites au Principe de non-intervention", **la Revue Juridique de Thémis**, Faculté de Droit, Université de Montréal, 1998, Vol.32, No.77, pp.77-133.

KLARIN Mirko, "The Tribunal's Four Battles", **Journal of International Criminal Justice**, 2, 2004, pp.546-557.

KOLODKIN Roman A., "An Ad Hoc International Tribunal for the Prosecution of Serious Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia", **Criminal Law Forum**, June 1994, Volume 5, Issue 2-3, pp.381-399.

KOSTOVICOVA Denisa, « Regional Approach to Transitional Justice: Testing the RECOM Initiative in the Balkans », paper prepared for **ISA Annual Convention**, 2016.

KRITZ Neil J., "Coming the Terms with Atrocities: A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights", **Law and Contemporary Problems**, Vol.59, No.4, Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights (Autumn, 1996), pp.127-152

KRITZ Neil J., "The Rwanda Tribunal and its Relationship to National Trials in Rwanda", **American University International Law Review**, no.6 (1998), pp.1468-1493.

LAMBATIM Hélène, "Justice transitionnelle et droits économiques, sociaux et culturelles », **La Justice Transitionnelle : Une voie vers la réconciliation et la construction d'une paix durable**(2000), Conference Paper 1/2011 Dealing with the Past Series, Berne, pp.43-60.

LANDSMAN Stephan, “Alternative Responses to Serious Human Rights Abuses: Of Prosecution and Truth Commissions”, **Law and Contemporary Problems**, Vol. 59, No. 4, Accountability for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights (Autumn, 1996), pp.81-92.

LEEBAW Anne Bronwy, “The Irreconcilable Goals of Transitional Justice”, **Human Rights Quarterly**, Volume 30, Number 1, Février 2008, pp.95-118.

LEFRANC Sandrine, “Les commissions de vérité : une alternative au droit ? », **Droit et cultures**, 56, 2008/2, pp.129-143.

LEKHA-SRIRAM Chandra at HERMAN Johanna, “DDR and Transitional Justice: Bridging the Gap”, **Conflict, Security&Development**, 9:4, pp.455-474.

LEMAN-LANGLOIS Stéphane, “La vérité réparatrice dans la commission de vérité et réconciliation d’Afrique du Sud”, **Les Cahiers de la Justice**, Paris, 2006, Dalloz, No : 1, pp.208-218.

LOMBARDI Gregory, “Legitimacy and the Expanding Power of the ICTY”, **New England Law Review**, vol.37, no.4, 2003, pp.887-901.

LUNTZ Ellen et SIKKINK Kathryn, “The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America”, **Chicago Journal of International Law**, Vol.2, 2001, No.1, Article 3, pp.1-33.

LUNTZ Ellen L. et SIKKINK Katryn , “International Human Rights Law and Practice in Latin America”, **International Organization**, Vol. 54, No.3, Legalization and World Politics (Summer,2000), pp.633-659.

MALAMUD-GOTI Jaime, “Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?”, **Human Rights Quarterly**, Vol.12, No.1 (Feb.1990), pp.1-16.

MARCHAL Roland, “La militarisation de l’humanitaire:l’exemple somalien”, **Cultures &Conflits**, Automne 1993, pp.1-11.

MARTIN-ORTEGA Olga et HERMAN Johanna, “Hybrid Tribunals& Rule of Law Notes from Bosnia&Herzegovina&Cambodia”, **JAD-PbP Working Paper**, No.7, May 2010.

MCEVOY Kieran, “Beyond Legalism: Towards a Thicker Understanding of Transitional Justice”, **Journal of Law and Society**, Volume 34, Number 4, December 2007, pp.411-440.

MCFATE Sean, "The Link between DDR and SSR in Conflict-Affected Countries", **Special Report of United States Institute of Peace**, 238, May 2010, Washington DC.

MEFFRE Arnaud, "La justice transitionnelle à l'épreuve du Sierra Leone", Notes de Recherche Mars 2005, **Centre d'Etudes sur le Droit International et la Mondialisation**, Montréal, pp.1-35.

MENDELOFF David, "Truth-Seeking, Truth Telling, and Postconflict Peacebuilding: Curb the Enthusiasm?", **International Studies Review**, Vol.6, No.3(Sep.2004), pp.355-380.

MERON Theodor, "War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law", **American Journal of International Law**, No.88 (1994), pp.78-87.

MILANOVIC Marko, "The Impact of the ICTY on the Former Yugoslavia: An Anticipatory Post-Mortem", **American Journal of International Law**, Volume 110, Issue 2, April 2016, pp.233-259.

MOIL Nicolas, "La Réconciliation ne peut pas être imposée de l'extérieur, la difficile interaction entre l'international et le local dans le champ de la réconciliation en ex-Yougoslavie », **Les Cahiers Silices**, 2016/1, No: 15, pp.83-98.

NAGY Rosemary, "Transitional Justice as Global Project: critical reflections", **Third World Quarterly**, Vol. 29, No. 2, 2008, pp.275-289.

NAHLIK, Stanislaw "Droit "de Genève" et Droit "de La Haye": Unité ou dualité?", **Annuaire français de droit international**, Volume 24, 1978, pp.9-27.

NDULO Muna B. et DUTHIE Roger, "The Role of Judicial Reform in Development and Transitional Justice", **International Center for Transitional Justice Research Brief**, July 2009.

NEDELSKY Nadya, "Divergent Responses to a Common past: Transitional Justice in the Czech Republic and Slovakia", **Theory and Society**, Vol.33, No.1(Feb, 2004), pp.65-115.

NINO Carlos S., "The Duty to Punish Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina", **The Yale Law Journal**, Vol. 100, No.8Symposium: International Law(Jun.1991), pp. 2619-2640.

O'BRIEN James C., "The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia", **The American Journal of International Law**, Vol. 87, No.4(Oct.1993), pp.639-659.

ORENTLICHER Diane F., "Swapping Amnesty for Peace and the Duty to Prosecute Human Rights Crimes", **ILSA Journal of International and Comparative Law**, 3, 1997, pp.713-717.

ORENTLICHER Diane F., "The Duty to Prosecute Human rights Violations of a Prior Regime", **The Yale Law Journal**, Vol.100, No.8, Symposium: International Law (June, 1991), p.2537-2615.

PARMENTIER Stephan, "Global Justice in the Aftermath of Mass Violence the Role of the International Criminal Court in Dealing with Political Crimes", **International Annals of Criminology**, Vol: 41, Issue: 1-2, pp. 203-224.

PENNY Christopher K., "No Justice, No Peace?: A Political and Legal Analysis of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", **Ottawa Law Review/Revue de droit d'Ottawa**, Vol.30, 1998-1999, pp. 259-313.

PICARD M. et ZINBO A., "Sur le rapport du gouvernement de la Republika Srpska", **Cultures&Conflits**, Printemps 65/2007, p. 103-118.

POPKIN Margaret et ROHT-ARRIAZA Naomi, "Truth as Justice: Investigatory Commissions in Latin America", **Law and Social Inquiry**, 20:79, 1995, pp.79-116

POSNER Eric A. et VERMEULE Adrian, "Transitional Justice as Ordinary Justice", **Harvard Law Review**, Vol. 117, No. 3 (Jan., 2004), pp.762-825.

ROTHSCHILD Emma, "What is Security?", **Daedalus**, Vol.124, No.3, The Quest for World Order(Summer 1995), pp.53-98.

SABBAGH Daniel, « Le statut des « Asiatiques » aux États-Unis – L'identité américaine dans un miroir », **Critique internationale** n° 20, juillet 2003, pp. 69-92

SALMON Jean, "Reconnaissance d'Etats", **Revue Belge du Droit International**, 1992/1, pp.226-239.

SCHABAS William, "Transitional Justice and the Norms of International Law", **Paper to the Annual Meeting of the Japanese Society of International Law**, Kwansei Gakuin University, 8 October 2011.

SHARP Dustin N., "Addressing Dilemmas of The Global and The Local in Transitional Justice" (15 July 2015), **Emory International Law Review**, pp.1-49.

SHARP Dustin N., "Beyond the Post-Conflict Checklist: Linking Peacebuilding and Transitional Justice through the Lens of Critique", **Chicago Journal of International Law**, Vol.14, No.1, Article 6, pp.1-47.

SHARP Dustin N., "Emancipating Transitional Justice from The Bonds of The Paradigmatic Transition"(2015), **International Journal of Transitional Justice**, 9, pp.1-20.

SHARP Dustin N., "Interrogating the Peripheries: The Preoccupations of Fourth Generation Transitional Justice", **Harvard Human Rights Journal** (2013), Vol.26, pp.149-178.

SNYDER Jack Synder et VINJAMURI Leslie, "Trials and Errors Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice", **International Security**, Vol.28, No.3, Winter 2003/04, pp.5-44.

SOOKA Yasmin, « Dealing with the Past and Transitional Justice: Building Peace through Accountability », **International Review of Red Cross**, Vol: 88, No: 862, June 2006, pp.311-325.

SRIRAM Chandra Lekha, "Wrong-Sizing International Justice? The Hybrid Tribunal in Sierra Leone", **Fordham International Law Journal**, Vol.29, 2005-2006, pp.472-506.

STANKOVIC Alexandra B., « Guilty Until Proven Guilty: Rule 61 of the ICTY », **Cleveland Marshall College of Law**, 2010, pp.1-46.

STERN Brigitte, "L'égalité et compétence du tribunal international pour le Rwanda:L'Affaire Kanyabashi", 15 février 1999.

STONE Norman, "Dubrovnik: The Case for a War Crime Trial- Why not Restore the Nuremberg Tribunal", **Guardian**, 13 November 1991.

TARDY Thierry, "L'ONU et la gestion des conflits yougoslaves (1991-1995):faillite d'une institution, faillite des Etats?", **Relations Internationales**, 2006/4, No:128, pp.37-53.

TATSUDA Rena, "A Response to Transitional Societies: The Balance between Restorative and Retributive Justice in the Role of the International Criminal Court", **Young Penalists Symposium on Transitional Justice**, 2011, pp.33-52.

TRAUNER Florian, "From membership conditionality to policy conditionality: EU external governance in South Eastern Europe", **Journal of European Public**, 16:5, pp.774-790.

TÜRKMEN Fusun, "From Libya to Syria: The Rise and Fall of Humanitarian Intervention?" **paper présenté dans 2014 ACUNS Annual Meeting**, June 19-21 2014, Kadir Has University, Istanbul.

VAN ZYL Paul, "Dilemmas of Transitional Justice: The Case of South Africa's Truth and Reconciliation Commission", **Journal of International Affairs**, Spring 1999, 52, no. 2. pp.647-667.

VILLA-VICENCIO Charles, "Why Perpetrators Should Not Always Be Prosecuted: Where the International Criminal Court and Truth Commissions Meet", **Emory Law Journal**, Vol.49, 205, 2005, pp.205-222.

VINJAMURI Leslie et SNYDER Jack, "Advocacy and Scholarship in the Study of International War Crime Tribunals and Transitional Justice", **Annual Review of Political Science**, Volume 7, 2004, pp.345-362.

WEITEKAMP Elmar G. M. Weitekamp, VANSPAUVEN Kris, PARMENTIER Stephan, VALINAS Martha et GERITS Roel, "How to Deal with Mass Victimization and Gross Human Rights Violations, A Restorative Justice Approach", dans **Large-scale victimisation as a potential source of terrorist activities: importance of regaining security in post-conflict societies** dir. par Uwe Ewald and Ksenija Turkovici, 2006, NATO Security through Science Series - E: Human and Societal Dynamics, Vol. 13, pp.217-241.

WESTMORELAND-TRAORE Juanita, "Droit humanitaire et droit d'intervention", **La Revue de droit de l'Université de Sherbrooke**, Vol.34 (2003-04), pp.157-196.

ZACKLIN Anthony D'AMATO, "Peace vs. Accountability in Bosnia", **American Journal of International Law**, vol.88, no.3, 1994, pp.500-506.

ZACKLIN Ralph "The Failings of ad hoc International Tribunals", **Journal of International Criminal Justice**, vol.2, 2004, pp.541-545.

ZALAUQUETT José, "Chili", dans **The Healing of a Nation**, ed. par Alex Boraine et Janet Levy, Justice in Transition, 1995, Cape Town, pp.44-55.

SOURCES MÉDIATIQUES

7sur7 site d'informations belge, <http://www.7sur7.be>

Balkan Insight site d'informations sur les Balkans, <http://www.balkaninsight.com>

Le Figaro, <http://www.lefigaro.fr>

Le Monde, <http://www.lemonde.fr>

New York Times, "Shrugging Off Indictment, Bosnian Serb General Skis", New York Times, Monday, 11 mars 1996, <http://www.nytimes.com/1996/03/11/world/shrugging-off-indictment-bosnian-serb-general-skis.html>

New York Times, SIMMONS Marlese, "Crossing Paths: Albright Testifies in War Crimes Case", <http://www.nytimes.com/2002/12/18/world/crossing-paths-albright-testifies-in-war-crimes-case.html>

Ouest-france, site d'information, <https://www.ouest-france.fr>

Politico, site d'information, <https://www.politico.eu/>

RTBF, site d'information, <https://www.rtf.be/>

SOURCES ELECTRONIQUES

Académie de droit international humanitaire et des droits humains, <http://www.geneva-academy.ch>

Amnesty International, <https://www.amnesty.org>

Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, <http://assembly.coe.int/>

Association française de droit constitutionnel, <http://www.droitconstitutionnel.org>

Autorité provisoire de la coalition en Iraq, <http://www.iraqcoalition.org>

Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens, <https://www.eccc.gov.kh>

Collection des Traités de l'ONU, <https://treaties.un.org>

Commission Européenne, <http://ec.europa.eu>

Confédération Suisse, <https://www.admin.ch>

Cour Européenne des droits de l'homme, <http://www.echr.coe.int>

Cour Pénale Internationale, <https://www.icc-cpi.int>

Department of Justice and Constitutional Development, South Africa, <http://www.justice.gov.za>

Digithèque de matériaux juridiques et politiques, <http://mjp.univ-perp.fr>

EJIL Talk!, Blog of the European Journal of International Law, AKANDE Dapo, “South African Withdrawal from the International Criminal Court – Does the ICC Statute Lead to Violations of Other International Obligations?”, <https://www.ejiltalk.org/south-african-withdrawal-from-the-international-criminal-court/>

EJIL Talk!, Blog of the European Journal of International Law, KOSTIC Milica, Public Opinion Survey in Serbia Sheds Light on ICTY Legacy, <https://www.ejiltalk.org/public-opinion-survey-in-serbia-sheds-light-on-icty-legacy/>

Equipo Nizkor, site d’organisation internationale travaillant pour le respect des droits de l’homme, <http://www.derechos.org>

Euractiv, <https://www.euractiv.fr>

European University Institute, <http://www.eui.eu>

Federation of American Scientists, <https://fas.org>

Franceinfo, site d’information, <http://www.franceinfo.fr>

Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l’homme, <http://www.ohchr.org>

Heredote, encyclopédie électronique, <http://www.herodote.net>
<http://www.justice.gouv.fr>

Human Rights Watch, <https://www.hrw.org>

Institute of National Remembrance, <https://ipn.gov.pl>

International Center of Transitional Justice, <http://www.ictj.org/>

International Committee of Red Cross, <https://ihl-databases.icrc.org>

International Committee of Red Cross, <https://www.icrc.org>

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, <http://www.icty.org>

Larousse, <http://www.larousse.fr/>

Library of Congress, <http://loc.gov>

Mécanisme pour les Tribunaux pénaux internationaux, <http://unictr.unmict.org>

Ministry of Justice of Republic of Rwanda, <http://www.minijust.gov.rw>

Office des Nations Unies contre la drogue et le crime, <http://www.unodc.org>

Organisation des Nations Unies, <http://www.un.org>

Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, <http://www.osce.org>

Parlement britannique, <http://www.parliament.uk>

Parlement Européenne, <http://www.europarl.europa.eu>

Project Dissappeared, <http://www.desaparecidos.org>

Project on International Courts and Tribunal, <http://www.pict-pcti.org>

RECOM, <http://recom.link>

Réseau internet pour le droit international, <http://www.ridi.org>

Serveur de thèses multidisciplinaire, <https://tel.archives-ouvertes.fr>

Special Court for Sierra Leone, <http://www.rscsl.org>

Spécial Tribunal pour le Liban, <http://www.stl-tsl.org>

Système de diffusion électronique des documents de l'ONU, <https://documents-dds-ny.un.org>

The Delegation of the European Union to the Republic of Serbia, <http://europa.rs/>

The UN Refugee Agency, <http://www.unhcr.org>

Transitional Justice Database Project, <http://tjdbproject.com>

Union Européenne, <http://europa.eu>

United Nations Documents, <http://undocs.org>

United States Institute of Peace, <http://www.usip.org>

BIOGRAPHIE

Gülayşe Ülgen Türedi, est née en 1983 à Kırklareli. Elle a été diplômée du Lycée Anatolien de Kırklareli en 2001(en Français). En 2007 elle a terminé ses études supérieures à la Section des Relations Internationales à l'Université de Galatasaray. Elle a complété sa maîtrise à la Section des Relations Internationales de l'Université de Bilgi en 2011(en Anglais). Elle a obtenu la bourse de recherche de TUBITAK pour doctorants en 2016 et elle a conduit une étude de terrain à l'Université d'Utrecht pendant six mois entre juin et décembre 2016. Elle est assistante de recherche à l'Université de Kırklareli depuis 2009.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : GÜLAYŞE ÜLGEN TÜREDİ
Tez Başlığı : Un Pas Décisif vers L'Internationalisation du Concept de la Justice Transitionnelle: Le Tribunal Pénal International pour l'Ex-Yougoslavie(TPIY)
Savunma Tarihi : 28/03/2018
Danışmanı : Prof. Dr. A. Fusun Türkmen

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

Prof. Dr. A. Fusun TÜRKMEN

Prof. Dr. Jale CİVELEK

Doç. Dr. Gün KUT

Prof. Dr. Emre ÖKTEM

Doç. Dr. Selcan SERDAROĞLU POLATAY

İmza

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman ÖZTEK