



HAL
open science

L''entreprise criminelle commune'' devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Elisabeth Claverie, Rafaëlle Maison

► **To cite this version:**

Elisabeth Claverie, Rafaëlle Maison. L''entreprise criminelle commune'' devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. P. Truche. Juger les crimes contre l'humanité vingt ans après le procès Barbie, ENS Editions, Lyon, pp.183-205, 2009, 978-2-84788-150-9. halshs-01024154

HAL Id: halshs-01024154

<https://shs.hal.science/halshs-01024154v1>

Submitted on 18 Jul 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L' « entreprise criminelle commune » devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

Elisabeth Claverie & Rafaëlle Maison*

Paradoxes

Cette intervention marque le début d'un travail commun né d'une interrogation, qui rejoint le thème général de ce colloque. Comment est-il possible que le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie (« le Tribunal » ou « le TPIY ») sanctionne la participation à l' « entreprise criminelle commune » des Serbes de Bosnie (« purification ethnique »), et que, dans le même temps, la Bosnie-Herzégovine continue de s'organiser sur la base d'un traité (les accords de Dayton) qui entérine les gains territoriaux de cette entreprise ? Un tel hiatus semble se traduire sur le terrain, et pour une partie de la population, par de grandes difficultés, liées notamment à la contradiction des valeurs et des politiques publiques soutenant le discours juridique de répression et la solution politique d'imposition de la paix. En d'autres termes, en Bosnie-Herzégovine, l' « entreprise criminelle commune » a trouvé un bénéfice territorial et elle continue de produire ses effets : Srebrenica, qui se situe sur le territoire de la « Republika Srpska », entité politiquement quasi-autonome de l'Etat bosniaque, en est un symbole, de même que la division permanente de Sarajevo. En plus de cette sanction territoriale, et intimement liée à elle, l' « entreprise criminelle commune » a aussi trouvé une sanction constitutionnelle, par le partage ethnique du pouvoir en Bosnie-Herzégovine et l'exigence de coopération dans le fonctionnement de l'Etat. L' « entreprise criminelle commune » de « purification ethnique », fondement de plusieurs condamnations par le Tribunal, continue en somme de se prolonger. Une partie de la population est ainsi assujettie à des impératifs exogènes contradictoires dont le plus problématique est celui de la coexistence avec les acteurs même qui ont mis en oeuvre cette entreprise, politiquement et territorialement persistante.

Ces visées contradictoires intéressent à la fois le juriste et l'anthropologue : l'un entend le désarroi des populations victimes de l'entreprise, l'autre est susceptible d'interroger la validité d'un traité de partition ethnique signé et garanti par ceux-là même qui seront ultérieurement recherchés pour crime contre l'humanité (Radovan Karadzic, Slobodan Milosevic). Mais l' « entreprise criminelle commune » soulève bien d'autres questionnements encore, sur un autre plan que celui de son déploiement en dehors de la sphère judiciaire et de sa consécration territoriale. Ces questionnements envisagent la notion et son emploi à l'intérieur de la sphère pénale internationale, à l'intérieur de l'institution judiciaire. Là encore, la notion vient se heurter à des contradictions. Contradictions entre les injonctions principielles de la doctrine pénale fondée sur la responsabilité individuelle, et les ressources qu'offrent l'emploi et la mise en oeuvre du terme. Celui-ci est immédiatement productif en effet au plan des faits, grâce à sa possibilité de prise en charge sémantique et pratique de l'aspect collectif des crimes perpétrés, dans un horizon juridique contraint par la notion empiriquement contre intuitive (même si justifiée sous d'autres rapports) de responsabilité individuelle dans un contexte de crimes de masse. Alors, du point de vue du récit des faits, la notion juridique d' « entreprise criminelle commune » semble particulièrement pertinente, une « félicité » dont Elisabeth Claverie pourra rendre compte (II). Du point des

* Respectivement anthropologue, directeur de recherche au CNRS ; professeur de droit international à l'Université de Picardie (UPJV-CRUCÉ).

principes du droit pénal, en revanche, l'« entreprise criminelle commune » présente des défauts majeurs, qui ont d'ailleurs suscité une dispute interne au Tribunal (I).

I. En droit : généalogie, travers et récits (Rafaelle Maison)

En technique juridique, l'« entreprise criminelle commune » est une notion découverte par le Tribunal afin de décrire et, surtout, de sanctionner un mode de participation aux infractions collectives que sont le crime contre l'humanité et le génocide : elle est l'un des moyens de l'application d'une sanction individuelle pour un phénomène criminel de nature collective. En ce sens, elle est presque structurellement imparfaite, puisque le procès pénal, individuel, est nécessairement insatisfaisant, inadapté à la sanction d'un phénomène collectif.

« *Just Convict Everyone* »

Le Tribunal Militaire international de Nuremberg avait appliqué la notion de complot d'une part, et celle d'organisation criminelle d'autre part, pour rendre compte du caractère à la fois massif et étatique des crimes commis. Ces deux notions ont pourtant été maniées avec beaucoup de prudence par les juges, en raison de défauts similaires qu'elles pouvaient présenter. On relèvera qu'à l'inverse de ce précédent, ni le complot, ni l'organisation criminelle, ni l'« entreprise criminelle commune » n'apparaissent dans les textes régissant la compétence du Tribunal. Cette dernière notion est donc introduite par le juge, sous une forme offrant un potentiel répressif étendu. La notion d'« entreprise criminelle commune » tend à rendre difficile la défense, tend à simplifier la preuve de culpabilité individuelle par une forme de dilution dans le collectif. L'entreprise criminelle commune, en anglais *Joint Criminal Enterprise* (JCE) est parfois décrite chez les juristes par une autre formule, « *Just Convict Everyone* » (il n'y a qu'à condamner tout le monde)¹.

Aussi est-il particulièrement utile d'interroger les modalités de son émergence et de sa contestation à l'intérieur de la sphère du Tribunal. Au delà le Tribunal yougoslave d'ailleurs, la notion s'est propagée vers d'autres institutions internationales, probablement par la pratique de leurs procureurs. Ses défauts structurels au pénal n'occulent apparemment pas son attrait principal, qui est de donner un sens au crime de masse en identifiant le projet collectif et les moyens de sa mise en oeuvre. En ce sens, la notion permet de « re-politiser » les poursuites par la présentation accusatoire d'une criminalité organisée, répondant à un programme pensé, et de dépasser la figure problématique d'une criminalité « fratricide », « réciproque », « sauvage ». Dans le même temps, son acceptation contrastée par les juges (parce qu'elle heurte les principes du procès pénal) est peut-être le signe de l'impossibilité du renoncement à la responsabilité collective. Présenter la *collectivité criminelle*, même si cette présentation n'aboutit qu'à la condamnation (problématique) de l'agent individuel, c'est bien reconnaître indirectement la diffusion populaire de la culpabilité, en dépit de la *doxa* internationale contemporaine. Finalement, et paradoxalement, l'imposition de la seule sanction pénale, qui cherchait à individualiser les coupables, conduit à les représenter en un immense portrait de groupe.

Ceci étant posé, il reste que dans une approche normative, d'autres solutions auraient sans doute été plus performantes. Tout en rendant compte du collectif, la sanction individuelle de formes de participation variées au crime contre l'humanité (ordre, commandement, exécution, complicité) apparaît en effet plus conforme à l'exigence pénale d'identification précise du rôle, et donc de

¹ Opinion individuelle du Juge Schomburg dans l'arrêt *Simic* (TPIY, 28 novembre 2006) ; il renvoie à l'expression, parfois employée en doctrine, à la note 900.

l'étendue, de la responsabilité des individus, et il est finalement difficile de comprendre globalement pourquoi l'accusation internationale s'en est si aisément dé faite.

La découverte (arrêt Tadic, 1999)

Dans un arrêt Tadic, rendu par le Tribunal en 1999, l'entreprise criminelle commune est découverte et prend à cette date le nom de « notion de but commun ». Elle est conçue dans cette jurisprudence comme une forme de « commission » des crimes poursuivis : tous les participants à ce « but commun » sont considérés comme co-auteurs de tous les crimes commis dans le cadre de ce « but commun ». Son émergence n'est pas entièrement glorieuse : en l'espèce, elle permet de revenir sur une décision d'acquittement des juges de première instance, en dispensant le Procureur de la preuve d'une participation personnelle².

Mais probablement le message (sans doute maladroit) de la Chambre n'est-il pas celui de l'allègement de la preuve dans les cas de criminels mineurs. Le message de la Chambre dépasse le cas individuel : il s'agit d'inviter l'accusation à se saisir d'une notion apte à faciliter son travail et à rendre mieux compte, pour l'avenir, de la criminalité à l'oeuvre. Pour la Chambre d'appel, adopter la notion de but commun est justifié « par la nature même de nombreux crimes internationaux fréquemment commis en temps de guerre ». Ainsi : « la plupart de ces crimes ne sont pas le fait de la propension d'individus isolés à commettre des actes criminels mais sont des manifestations d'un comportement criminel collectif (...) » (Arrêt *Tadic*, § 191). Pour donner à cette invitation la nature d'une exigence juridique, la Chambre d'appel du Tribunal s'emploie à démontrer que la « notion de but commun » est une notion qui relève du droit international coutumier : la lacune de son propre statut n'interdit en aucune mesure d'y recourir. Sont alors mobilisées les jurisprudences rendues après la seconde guerre mondiale.

La jurisprudence analysée par la Chambre d'appel à cette fin comprend trois catégories d'affaires. La première catégorie regroupe les affaires dans lesquelles « tous les coaccusés, agissant de concert dans un but criminel commun, ont la même intention criminelle », qui est précisément de réaliser le crime envisagé dans ce projet (Arrêt *Tadic*, §§ 196-202). La deuxième catégorie d'affaires est celle relative aux camps de concentration, où est sanctionnée la participation en tant que co-auteurs des membres des unités militaires ou administratives chargées de ces camps dans les mauvais traitements ou les crimes qui y furent perpétrés (Arrêt *Tadic*, §§ 202-203). La troisième catégorie d'affaires rassemble des cas dans lesquels « l'un des auteurs commet un acte qui, s'il ne procède pas du but commun, est néanmoins une conséquence naturelle et prévisible de sa mise en oeuvre » (Arrêt *Tadic*, §§ 204-219) et où tous les membres du groupe sont susceptibles d'être considérés comme co-auteurs de cet acte. C'est en s'inspirant de cette dernière application de la « notion de but commun » que la Chambre tient Tadic pour responsable, à titre de co-auteur, de cinq meurtres perpétrés à Jaskici. Ainsi, en prenant une part active à l'attaque du village de Jaskici, « l'Appelant avait l'intention de contribuer à l'objectif criminel consistant à vider la région de Prijedor de sa population non serbe, en commettant des actes inhumains à son encontre. Le fait que des non serbes aient pu être tués durant la réalisation de cet objectif était, dans les circonstances de l'espèce, prévisible. L'Appelant avait conscience du fait que les actions du groupe dont il était membre étaient susceptibles d'entraîner de tels massacres, mais il a pris ce risque délibérément » (Arrêt *Tadic*, § 232).

La consolidation

² Sur ce point, voy. Hervé Ascensio et Rafaëlle Maison, « L'activité des tribunaux pénaux internationaux », *Annuaire français de droit international (AFDI)*, 1999, pp. 507-510.

Ces trois catégories d'affaires relevées par la Chambre d'appel sont progressivement figées en trois formes d'« entreprises criminelles communes » par le Procureur et les juges du Tribunal. Elles sont comme codifiées dans ce carcan triple même si certains compléments sont apportés. Ainsi, l'« entreprise » est identifiée à l'aide des éléments suivants : il faut une pluralité de personnes ; ces personnes doivent être associées, sans toutefois que soit exigée une structure administrative, militaire ou policière ; elles doivent être associées dans un projet criminel qui n'a pas besoin d'être expressément formulé et encore moins explicité par un accord entre les participants³. La troisième catégorie d'entreprise décrite dans l'Arrêt *Tadic* a aussi exigé quelques précisions, car il n'était pas évident que le but commun dont la réalisation avait pour conséquence la commission de crimes internationaux dût être lui-même nécessairement criminel. La jurisprudence ultérieure a exigé que l'entreprise ait, dans tous les cas un objectif criminel. C'est d'ailleurs pour cette raison que certains récits accusatoires ont été écartés, notamment dans le cas des poursuites engagées contre les forces insurrectionnelles au Sierra Leone. Ainsi, la Chambre de première instance du Tribunal pour la Sierra Leone statuant sur le cas de membres du groupe rebelle de l'APRC, estime que le but commun identifié par le Procureur n'est pas un but criminel au regard de son Statut. Dans cette affaire, le Procureur faisait valoir que le but commun de l'APRC était « to take any actions necessary to gain and exercise political power and control over the territory of Sierra Leone, in particular mining areas » (paragraphe 33 de l'acte d'accusation). Or, la Chambre de première instance rappelle, par une citation d'un arrêt d'appel que « there is no rule against rebellion in international law »⁴. Ainsi « gaining and exercising political power is, however, not inherently a criminal activity »⁵. Enfin, très récemment, dans l'affaire *Brdjanin*, la jurisprudence a considéré que les auteurs matériels des crimes (ceux qui ont directement tué, violé, etc...) n'avaient pas à être des membres de l'entreprise criminelle (qui n'est donc même plus vraiment « commune »)⁶.

Il faut, nous disent aussi les juges, un élément matériel et un élément moral pour condamner un individu à raison de sa participation à une « entreprise criminelle commune » visant à commettre les crimes internationaux pour lesquels l'individu sera sanctionné comme « co-auteur » ou impliquant (comme conséquence prévisible) ces crimes. L'élément matériel consiste dans la participation à cette entreprise : certains jugements ultérieurs, nous le verrons, ont tenté de caractériser cette participation criminelle. L'élément moral ou intentionnel consiste dans la volonté de commettre le crime projeté ou bien dans la participation à l'entreprise en conscience du fait que le crime finalement commis est une conséquence prévisible du projet originel. La

³ Dans l'affaire *Krajisnik*, la Chambre, se référant à la jurisprudence antérieure note : « According to the Appeals Chamber, the common objective need not have been previously arranged or formulated. [it] does not presume preparatory planning or explicit agreement among JCE participants. Moreover, a JCE may exist even if none or only some of the principal perpetrators [les auteurs matériels des crimes] are part of it, because, for example, they are not aware of the JCE or its objective and are procured by members of the JCE to commit crimes which further that objective » (Jugement *Krajisnik*, § 883). La dernière précision est tirée d'une opinion individuelle du juge Bonyony dans une décision du 22 mars 2006, rendue dans l'affaire *Prosecutor v. Milan Milutinovic et al.* La Chambre saisie de l'affaire *Krajisnik* poursuit, dans une tentative d'explicitation de la notion : « It is the common objective that begins to transform a plurality of persons into a group or enterprise, as this plurality has in common the particular objective. It is evident, however, that a common objective alone is not always sufficient to determine a group, as different and independent groups may happen to share identical objectives. Rather, it is the interaction or cooperation among persons – their joint action- in addition to their common objective, that makes those persons a group. The persons in a criminal enterprise must be shown to act together, or in concert with each other, in the implementation of a common objective, if they are to share responsibility for the crimes committed through the JCE. A concern expressed by the Trial Chamber in *Brdjanin* about the issue of alleged JCE participants acting independently of each other, is sufficiently addressed by the requirement that joint action among members of a criminal enterprise is proven » (Jugement *Krajisnik*, § 884).

⁴ Special Court for Sierra Leone, Trial Chamber II, *Prosecutor against Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara, Santigie Borbor Kanu*, Judgment, 20 June 2007, case n° SCSL-04-16-T, § 67.

⁵ *Ibid.*, § 70.

⁶ Arrêt *Brdjanin* (TPIY, 3 avril 2007), §§ 393-410.

caractérisation de la participation par le moyen des ces deux éléments, classiquement employés pour caractériser le comportement infractionnel lui-même est assez maladroite. Elle rapproche apparemment l'entreprise criminelle commune, forme de participation à l'infraction internationale, de l'infraction internationale elle-même, ainsi que le signalent d'ailleurs certains juges⁷. Et d'ailleurs cette apparente ambiguïté n'en est peut-être pas une : le processus d'imputation des crimes à un participant (il en est réputé le co-auteur) dispense de la preuve d'une participation (de commandement ou subordonnée) aux crimes. Il suffit de participer à l'entreprise en conscience pour être considéré comme co-auteur de ceux-ci. On est bien proche ici du « délit d'appartenance » aux organisations déclarées criminelles par le Tribunal de Nuremberg, à ceci près que ces organisations étaient des institutions extrêmement structurées, tandis que les contours de l'« entreprise » demeurent, on l'a dit, largement évanescents, ce qui rend l'extension de la culpabilité plus problématique encore du point de vue des principes du droit pénal.

Signalons immédiatement certains des défauts majeurs que présente l'« entreprise criminelle commune » par rapport aux principes du droit pénal. Il y a en premier lieu un problème de légalité puisque la notion émerge en jurisprudence sans être préalablement consacrée par le Statut du Tribunal et surtout sans apparaître clairement dans le droit international coutumier, dont l'emploi est d'ailleurs déjà régressif par rapport aux exigences classiques de la légalité. Ce problème de légalité se prolonge dans la grande imprécision de la notion. L'« entreprise » est une notion floue, qui permet de saisir des formes de criminalités variées, sans pré-définition : l'entreprise peut-être celle d'un petit groupe armé (affaire *Tadić*), celle d'une partie du commandement d'une armée (affaire *Krstić*, sur le génocide de Srebrenica), celle de participants à un système de détention (affaire *Kvočka*), celle des autorités politique des serbes de Bosnie (affaire *Krajišnik*) ; elle peut se révéler ponctuellement criminelle, en un mouvement quasi-spontané et inattendu (affaire *Krstić*). Enfin, et surtout, l'emploi de la notion permet de dépasser le principe de la responsabilité individuelle qui veut que l'on soit responsable de ce que l'on a fait très précisément, et qui exige en conséquence, dans le cas d'infractions collectives, une thèse précise du procureur sur le mode de participation à l'infraction internationale. Comme le rappellent souvent les juges des tribunaux internationaux, le procureur est supposé connaître son affaire avant le début du procès, et ne pas obliger l'accusé à deviner ce qui lui est reproché⁸. Dans le cadre de l'entreprise criminelle commune, non seulement la forme de participation n'est pas toujours très clairement explicitée par l'accusation⁹ mais, surtout, la responsabilité est une responsabilité solidaire pour les crimes commis par tous les participants (ou désormais par des acteurs se trouvant en dehors même de l'entreprise criminelle commune)¹⁰.

La critique

Cette notion d'« entreprise criminelle commune » bien que largement appliquée, créée et validée par la Chambre d'appel du Tribunal a connu un parcours assez conflictuel au sein du Tribunal, et

⁷ Le Juge Bankole Thompson, dans son opinion individuelle annexée au jugement rendu par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, dans l'affaire Fofana-Kondewa (date ?) relève ainsi : « Equally problematic is the judicial tendency to equate the mode of liability with the criminal conduct itself. In my respectful opinion, this is anomalous. Likewise flawed is the disposition to describe the joint criminal enterprise as comprising an actus reus and a mens rea. In my considered view, the mode of liability cannot simultaneously constitute the proscribed conduct itself » (C-11, § 29).

⁸ Par exemple : « The Appeals Chamber emphasises that the prosecution is expected to know its case before it goes to trial. An accused cannot be expected to engage in guesswork in order to ascertain what is the case against him, nor can he be expected to prepare alternative or entirely new lines of defence because the prosecution has failed to make its case clear », Arrêt *Simić* (TPIY, 28 novembre 2006, § 71).

⁹ En 2006, la Chambre d'appel du TPIY, dans ce même Arrêt *Simić* a annulé la condamnation pour participation à l'entreprise criminelle commune, en raison des défauts de l'acte d'accusation. En revanche, *Simić* est considéré, sur les mêmes éléments de preuve, comme complice des crimes commis.

¹⁰ Voy. note 6.

continue de susciter d'importantes réticences dans d'autres institutions judiciaires internationales. Dans deux affaires de « purification ethnique » les juges du Tribunal ont, en 2003-2004, refusé de l'appliquer lui préférant celle de co-action ou de complicité (affaire *Stakic* et *Brdanin*)¹¹. Les juges d'une même Chambre s'opposent aussi parfois radicalement. Le juge Schomburg a ainsi formulé plusieurs opinions dissidentes extrêmement fermes en appel, dans les affaires *Simic* (TPIY) et *Gacumbitsi* (TPIR)¹². De même, dans l'affaire du CDF jugée par le Tribunal spécial pour la Sierra Leone, le juge Bankole Thompson a fortement contesté l'emploi de la notion. Il insiste notamment sur les conditions judiciaires d'émergence de la notion, adaptée à la criminalité génocidaire, mais peut-être inopérante dans d'autres contextes : « categories two and three seem to have grown out of the crimogenic, juridical and socio-cultural peculiarities of genocide as one major proscriptive conduct targeted by the indictments before the ICTY and the ICTR. Hence the need for judicial circumspection and vigilance in applying these two categories of this mode of liability to crimes that are emanations of a different crimogenic, juridical and socio-cultural settings »¹³. Enfin, dans l'affaire *Brdanin*, une association d'avocats a présenté un mémoire d'*amicus curiae* contestant l'emploi de la notion devant la Chambre d'appel du TPIY¹⁴.

Par ailleurs, dans certaines affaires, les Chambres se sont employées à réinterpréter la notion, la lissant en quelque sorte, afin de la rendre plus conforme aux exigences du droit pénal. Ainsi, dans l'affaire *Kvočka* (TPIY), relative aux sévices commis dans le camp d'Omarska, la Chambre a considéré tous les accusés comme responsables (co-auteurs) des crimes commis dans le cadre de l'« entreprise criminelle commune » mais à des degrés divers, et selon leur implication réelle¹⁵. Les rôles de chaque accusé ont été précisément analysés et les peines différenciées en conséquence. Il n'en demeure pas moins que la notion induit une forme de diffusion de la culpabilité des uns sur les autres, et notamment sur les co-accusés ayant temporairement exercé d'apparentes fonctions d'autorité.

La narration judiciaire 1 : le projet criminel

Comment l'emploi de la notion d'entreprise criminelle commune vient-elle rendre compte de la criminalité ? Quel récit en permet-elle ? Il y aurait lieu de faire une étude de l'ensemble des récits produits et du fonctionnement de la notion dans les différents cas où elle fut employée ; nous devons pourtant nous contenter ici de présenter l'affaire *Krajisnik*¹⁶.

Dans l'affaire *Krajisnik*, qui s'approche au plus près du projet global du nationalisme serbe en Bosnie, on se trouve face à la narration suivante, qui pêche sans doute par le fait que le procès n'est pas celui d'un ensemble d'accusés mais du seul président de l'Assemblée des Serbes de

¹¹ TPIY, Jugements de première instance, voy. Hervé Ascensio et Rafaëlle Maison, « L'activité des juridictions pénales internationales », *Annuaire Français de droit international*, 2004, pp. 465-468.

¹² Arrêt *Simic* (TPIY, 28 novembre 2006) ; Arrêt *Gacumbitsi* (TPIR, 7 juillet 2006). Ce juge estime que la notion de co-action (*co-perpetratorship*) est largement préférable à celle d'entreprise criminelle commune. Il présidait la Chambre de première instance chargée du procès *Stakic*, où la notion a été écartée par les juges au profit de la co-action. Cette approche a été infirmée en appel : dans l'arrêt *Stakic* (Arrêt, TPIY, 22 mars 2006), la Chambre d'appel du TPIY requalifie le mode de commission de *Stakic* en une participation à une entreprise criminelle commune. En appel aussi, dans l'affaire *Brdjanin* (TPIY, arrêt du 3 avril 2007), le Tribunal, contrairement à la position des juges de première instance, réaffirme la possibilité d'employer la notion.

¹³ SCSL, Trial Chamber I, *Prosecutor against Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, Judgement, 2 August 2007, case n°. SCSL-04-14-T ; Separate concurring and partially dissenting opinion of hon. Justice Bankole Thompson filed pursuant to article 18 of the Statute, § 27.

¹⁴ Arrêt *Brdjanin* (TPIY, 3 avril 2007) §§ 359.

¹⁵ Sur cette affaire, voy. Hervé Ascensio et Rafaëlle Maison, « L'activité des juridictions pénales internationales », *Annuaire Français de droit international*, 2001, pp. 272-277 et 2004, pp. 465-468.

¹⁶ TPIY, Ch., Judgement, *Prosecutor v. Momcilo Krajisnik*, IT-00-39-T, 27 September 2006 (ci-après Jugement *Krajisnik*)

Bosnie, par ailleurs membre de la présidence de la République serbe de Bosnie. Le jugement condamne Momcilo Krajisnik pour crime contre l'humanité en raison des exactions commises par les Serbes nationalistes de Bosnie pendant l'année 1992 (l'acte d'accusation étant étrangement limité à cette seule année) ; il est considéré comme co-auteur de tous les crimes commis en tant que participant à une « entreprise criminelle commune ». L'objectif de cette entreprise est caractérisé de la manière suivante : il s'agissait du déplacement par la force des populations croates et Musulmanes des territoires convoités. La déportation et le déplacement sont, selon la Chambre, des crimes envisagés dans le projet criminel¹⁷. Les autres crimes commis (parmi lesquels la détention illégale, les traitements cruels et inhumains, les meurtres, les violences sexuelles, l'extermination, le pillage, la destruction de biens culturels et religieux) sont envisagés comme des extensions du projet originel mais acceptés progressivement comme nécessaires au projet et qui finissent par s'y incorporer. La Chambre estime donc que l'on est en présence de la première catégorie d' « entreprise criminelle commune ». Selon la Chambre :

« Whether other crimes were 'original' to the common objective or were added later is of course a matter of evidence, not logical analysis. The Chamber's preference is for a strictly empirical approach which does not speculate about the crime-profile of the original JCE objective, *but conceptualizes the common objective as fluid in its criminal means*. An expansion of the criminal means of the objective is proven when *leading members of the JCE are informed of new types of crimes committed pursuant to the implementation of the common objective, take no effective measures to prevent recurrence of such crimes, and persist in the implementation of the common objective of the JCE*. Where this holds, JCE members are shown to have accepted the expansion of means, since implementation of the common objective can no longer be understood to be limited to commission of the original crimes. With acceptance of the actual commission of new types of crime and continued contribution to the objective, comes intent, meaning that subsequent commission of such crimes by the JCE will give rise to liability under JCE form 1 » (Jugement *Krajisnik*, § 1098, c'est nous qui soulignons).

La conclusion précédente peut paraître un peu surprenante, en ce qu'elle décrit l'accusé, et plus largement le « leadership » Serbe bosniaque, comme ayant progressivement accueilli l'extension (l'expansion) de criminalité en refusant d'y mettre un terme et en poursuivant le projet 'originel'. C'est la raison pour laquelle la Chambre, de manière parfois contradictoire, se prononce sur la connaissance des exactions par l'accusé, comme le fait la jurisprudence dans le cadre de la responsabilité du supérieur hiérarchique. L'extension de criminalité paraît donc, dans cette présentation, être directement imputable à d'autres acteurs et n'avoir pas été originellement envisagée ; on peut douter de la pertinence d'un tel récit au regard des faits par ailleurs décrits. Cette prudence de la Chambre, dans le récit de l'entreprise criminelle, se prolonge dans le refus de qualification du génocide¹⁸. Et dans le renvoi à la violence de l'autre (Jugement *Krajisnik*, §

¹⁷ Jugement *Krajisnik*, § 1097 : « The crimes of deportation and forced transfer [...] were necessary means of implementing the common objective of removal by force of Bosnian Muslims and Bosnian Croats from large areas of Bosnia-Herzegovina. The Chamber will refer to these crimes as 'original' crimes. These were the crimes which constituted the JCE's common objective as of late March 1992, when the Accused called for 'implementing what we have agreed upon, the ethnic division on the ground' ».

¹⁸ Relevons l'exemple suivant, qui rend difficilement compréhensible le refus de reconnaissance de l'intention génocidaire par la Chambre. Il s'agit d'un discours du général Ratko Mladic devant l'Assemblée des serbes de Bosnie : « On 12 May 1992, in a long speech to the Assembly, General Ratko Mladic explained his 'vision' that the Serbs could prevail in the territories they considered theirs without completely destroying the Muslims : 'we cannot cleanse nor can we have a siege to sift so that only Serbs would stay, or that the Serbs would fall through and the rest leave ... I do not know how Mr Krajisnik and Mr Karadzic would explain this to the world... that would be genocide.' But there was an alternative to genocide. Mladic advised the Bosnian-Serb leadership on how to achieve controversial military objectives quietly, cynically, ruthlessly, while staying below the radar of international attention : 'We should not say : we will destroy Sarajevo, we need Sarajevo. We are not going to say that we are going to destroy the power supply pylons or turn off the water supply, no, because that would get America out of its seat, but ... one

1167). Dans le même temps, l'insistance des juges sur la « fluidité » des moyens criminels de réalisation de l'entreprise criminelle commune, n'est pas sans intérêt et permet peut-être de traduire les adaptations progressives d'un projet criminel qu'exigent, pour les acteurs, les circonstances de fait. Il n'y a pas, en somme, et en l'espèce, de complot global dont la mise en oeuvre aurait pu être entièrement planifiée. Et pourtant, en l'espèce, la Chambre relève à plusieurs reprises que « l'accusé avait, à la fin de l'année (1992), réalisé l'essentiel de ses objectifs »¹⁹.

La narration judiciaire 2 : l'accusé en portrait de groupe

Le groupe criminel est décrit de la manière suivante : il s'agit de « personnes situées dans les territoires de la République serbe de Bosnie. Parmi elles, un « leadership » serbe bosniaque (dont l'accusé, Radovan Karadzic, Biljana Plavsic, Nikola Koljevic, Momcilo Mandic, Moci Stanisic et à partir du 12 mai 1992, le général Ratko Mladic) ainsi que « des politiciens locaux, des commandants militaires et policiers, des leaders paramilitaires et autres » (Jugement *Krajisnik*, §§ 1087 et 1088). La Chambre note que l'accusé était l'associé le plus proche de Radovan Karadzic (§ 893), et bien qu'il ait assuré des fonctions d'autorité de manière affichée (présidence de l'Assemblée des Serbes de Bosnie, membre de la présidence de la même entité), son pouvoir est caractérisé comme archaïque :

« The Accused and Radovan Karadzic may have located themselves at recognizable nodes of a modern state structure (President of Assembly, President of Republic), but in reality they ran Republika Srpska *as a personal fief*. They intervened and exerted direct influence at all levels of Bosnian-Serb affairs, including military operations » (Jugement *Krajisnik*, § 987, c'est nous qui soulignons).

Cette affirmation, qui semble en quelque sorte renforcer la position « étatique » d'autorité par un pouvoir personnel plus large que les fonctions officielles affichées ne conduit pourtant pas à déterminer clairement la forme de participation à l'entreprise. Ainsi, la participation de Krajisnik est caractérisée selon la Chambre par le fait qu'il a aidé à établir et maintenir les structures étatiques nécessaires à la commission des crimes, qu'il a usé de ses « talents politiques » pour faciliter la mise en oeuvre de l'entreprise (§ 1120). La Chambre estime ainsi qu'il n'avait pas de contrôle effectif sur les organes quasi-étatiques ni sur les forces armées, qu'il n'a pas participé à la distribution des armes ; il avait simplement, selon elle, « pouvoir et influence » sur ces organes.

Cette qualification un peu trouble, et précédée par une description longue et parfois confuse, ne permet pas de saisir précisément le rôle joué par l'accusé. Dans le même temps, il est difficile de

day there is no water in Sarajevo. What it is we do not know... And the same with the electrical power ... we have to wisely tell the world, it was they who were shooting, hit the transmission line and the power went off, they were shooting at the power supply facilities ... that is what diplomacy is » (Jugement *Krajisnik*, § 975). Étonnement aussi, la Chambre cite les propos de R. Karadzic, le « plus proche associé de Krajisnik », en 1991 (Jugement *Krajisnik*, § 1099).¹⁹ Jugement *Krajisnik*, § 1077 : « Overall, however, the Accused had, by the year's end, achieved most of his goals » ; § 1076 : « Towards the end of 1992 [...], when the enterprise which the Accused had helped lead had largely achieved its criminal objective of ethnic recomposition of territories through forcible expulsion of Muslim and Croat population, the Accused was able to capitalize on the realization of his demand of March 1992 that new ethnic facts be created on the ground. With thousands of Muslims and Croats killed and more than one hundred thousand driven out of the territories, the Accused was now in a position to claim, not untruthfully, that the Bosnian Serbs were only desiring to hold on territories in which they were the majority ». La « demande » ou l'appel du 18 mars 1992 devant l'Assemblée des Serbes de Bosnie est analysée au §§ 910 et suivants du Jugement. Elle constitue, selon la Chambre, un « appel aux armes » (§ 925) et vise à « mettre en oeuvre la division ethnique sur le terrain », dans le but affiché de renforcer la position du leadership dans les négociations internationales, auxquelles l'accusé participait régulièrement (§ 912). La thématique du mensonge et de la perfidie en négociation est d'ailleurs récurrente dans le jugement, et d'intéressants exemples sont cités (§ 958, §§ 975 à 977).

comprendre véritablement pourquoi les catégories assez simples figurant elles explicitement dans le statut du Tribunal n'ont pas été employées. Le jugement établit en fait que Krajisnik a mis sur pied et maintenu les institutions de la République serbe de Bosnie : pourquoi ne pas retenir ici une forme de préparation ? Le jugement établit qu'il a oeuvré dans les media pour la réalisation de la purification ethnique : pourquoi ne pas retenir ici l'incitation ? Le jugement établit en fait que Krajisnik a élaboré et diffusé les instructions opérationnelles et idéologiques des crimes : pourquoi ne pas retenir une forme d'ordre ici ? Enfin, le jugement établit que Krajisnik a accepté de participer à la présidence de la République serbe ; il était donc au centre du pouvoir gouvernemental et exécutif, en y assumant de surcroît un rôle d'idéologue : pourquoi ne pas retenir le commandement ? Peut-être est-ce par ce que certaines des forces impliquées dans la purification ethnique, c'est à dire l'ex-armée fédérale (JNA), transformée en armée locale (VRS), et les groupes paramilitaires, relevaient de l'autorité de la Serbie, et qu'en effet l'autorité sur ces forces n'était pas assurée par les leaders des serbes bosniaque ? Dans ce cas, c'est l'identification de la collectivité criminelle qui est par trop restreinte dans l'acte d'accusation (en plus d'être restreinte temporellement). On peut penser que le morcellement des affaires et la division du travail au sein du Bureau du procureur vient encore obscurcir un tableau qui devrait plus lisible après dix années d'enquêtes et la poursuite (il est vrai tardive et inachevée) des dirigeants de Belgrade ? Mais le jugement ne nous renseigne pas sur ce point, dont l'acceptation rendrait d'ailleurs difficile la compréhension de la conclusion judiciaire relative à l'exercice d'un pouvoir féodal de l'accusé sur « sa » République. A l'inverse, on pourrait penser que Krajisnik n'a fait qu'exercer ses « pouvoir » et « influence » sur une collectivité criminelle 'diminuée', en exhortant une population ou des acteurs inférieurs jouissant en fait d'une large autonomie, et non encore enserrés dans une structure étatique ou de parti hiérarchisée. Mais alors, comment justifier la conclusion selon laquelle c'est bien la mise en place des institutions de la République serbe de Bosnie qui a permis la réalisation du projet ultranationaliste serbe, par ailleurs largement admis (Krajisnik a aidé à l'établissement et à la perpétuation du parti nationaliste - SDS - et des structures étatique qui furent les instruments de la commission des crimes - § 1120 du jugement, évoqué plus haut) ? Le jugement ne nous renseigne pas précisément sur ce point non plus.

En tout état de cause, il apparaît que l'entreprise criminelle commune décrite ici induit une diffusion de la culpabilité, mais, contrairement à l'affaire *Kvočka* évoquée plus haut, une diffusion « à rebours ». Elle contribue à diminuer celle des dirigeants politiques, en réduisant leur participation à l'« influence » (notion floue) plutôt qu'au commandement. Par ailleurs, il y a dans cette affaire un défaut de qualification de l'action individuelle, un renoncement à cette qualification. La caractérisation paraît être essentiellement « sociologique » ; elle est peut-être exacte de ce point de vue, mais le droit, et le droit pénal est plus simpliste que la sociologie, il exige autre chose que la narration de l'action ; il exige que cette action réponde à des critères prédéfinis permettant l'application d'une sanction. Ici, étonnamment, l'action qui paraît satisfaire à ces critères (ordre, préparation, incitation) est comme diluée dans le phénomène collectif, ce qui conduit à renoncer à la description de l'étendue de la participation de chacun.

II. Ce qu'offre la notion à ceux qui l'emploient (Elisabeth Claverie)

Déplaçons maintenant l'axe d'interprétation. Je vais suspendre ici tout jugement sur les problèmes juridiques liés à l'emploi de la notion d'entreprise criminelle commune. Chercheuse en sciences sociales, je vais simplement me préoccuper du fait que cette notion, bien qu'elle soit critiquée par de nombreux professionnels au sein même du Tribunal, comme on l'a vu plus haut, est cependant systématiquement employée dans ce même Tribunal. On rencontre en effet

l'expression « entreprise criminelle commune » dans toutes les séquences de la procédure, dans les actes écrits²⁰ - actes d'accusations, comptes-rendus d'audience, jugements -, comme dans les énonciations orales - lecture d'actes écrits, paroles, discours directs ou indirects proférés en audience - et ceci dans la quasi totalité des procès jugés au TPIY. C'est le fait de cet emploi et les ressources qu'il offre dans le cadre des procès pour crimes internationaux, qui m'intéressent ici. Je vais donc essayer de pointer quelques-unes des tensions qui parcourent l'exercice de cette forme judiciaire, la justice pénale internationale dite *ad hoc*, tensions co-extensives à ses missions, et que le recours à la notion d'entreprise criminelle commune vient exprimer parfaitement.

Prenons un premier exemple dans la séquence publique inaugurale, l'audience liminaire d'une procédure, concernant ici Milan Babic. En ouverture de cette séquence, le président de la Cour s'adresse directement à l'accusé pour lui expliquer la procédure d'audience, comme il est prescrit par le règlement, puisque l'accusé comparait pour la première fois. De longs mois ont déjà été consacrés aux enquêtes, à la préparation des dossiers de l'accusation et à ceux de la défense, aux fins de dresser un acte d'accusation. L'acte d'accusation est une traduction des relevés factuels de l'enquête empirique sur le terrain selon une visée de pertinence. Cette pertinence opère dans plusieurs directions, elle doit souscrire aux demandes du cahier des charges de l'incrimination visée, dont le vocabulaire, lui-même descriptif, est endossé et appliqué, et elle doit donner un ordre de cohérence aux faits, établis selon les normes d'un « jugement ordinaire ». Les faits et récits de l'enquête placent le procureur et son équipe face à une masse de faits très violents, dispersés, mais dont la dispersion commence à se réduire par le rapprochement d'éléments empiriques via des outils d'objectivation (cartes, organigrammes, etc) et la présentation de scénarii qui se répètent ; qui sont réitérés. Ces outils montrent ainsi la répétition, donc l'organisation. Il doit incriminer et prouver donc, avec les contraintes et moyens que lui donnent le statut et le règlement - élargi aux jurisprudences déjà constituées, avec un mandat judiciaire, mais aussi un mandat politique onusien visant à promouvoir la paix par le droit. Situé donc à l'interface entre les faits et leur appréciation pénale d'une part, et entre cette appréciation et les contraintes internes et externes au Tribunal, de l'autre, le procureur est en charge de construire le récit accusatoire initial, mais il le fait selon deux axes de pertinence, axes qui mobilisent d'emblée des échelles différentes et intriquent deux discours. Ces deux discours conjuguent une scène de crime courte à et une scène de crime plus vaste (le contexte large de ce crime *et* la mise en rapport de crimes comparables laissant percevoir une systématité). Prenons ainsi cet exemple : (c'est le procureur qui parle) : « Bien que ce procès porte essentiellement sur ce qui s'est produit entre l'accusé et les victimes de ses crimes, *il porte aussi* sur la tragique destruction de la Yougoslavie, jadis fière et magnifique »²¹.

L'acte d'accusation connaît en général de nombreuses versions et révisions, de nombreux allers-retours entre l'accusation, les juges et la défense, avant que n'apparaisse l'acte d'accusation définitif. Les juges d'audience, quant à eux, ont simplement « parcouru » (au mieux) ces dossiers. Mais ils connaissent le document synthétique, l'acte d'accusation. Le président s'adresse, donc, à l'accusé, et ceci, avant que le procureur (ou le greffier d'audience) ne fasse la lecture publique de l'acte d'accusation (ou de son résumé) :

Le président : « En gros, ce que dit l'acte d'accusation et je cite sous le titre responsabilité pénale individuelle, article 7 (1) du statut du Tribunal : la responsabilité pénale individuelle de Milan Babic est engagée à raison des crimes visés aux articles 3 et 5 du statut du Tribunal décrits dans le présent acte d'accusation, crimes que l'accusé a commis ou de tout autre manière encouragé à planifier, préparer ou exécuter. Par le terme 'commettre', le

²⁰ Et dans les audiences orales retranscrites dans les comptes-rendus écrits de l'audience

²¹ Affaire *Tadic*, compte-rendu d'audience, 7 mai 1997.

Procureur n'entend pas suggérer, dans le présent acte d'accusation, que l'accusé a perpétré matériellement *tous* les crimes qui lui sont imputés personnellement. Dans le présent acte d'accusation, on entend par 'commettre' la participation en qualité de co-auteur ou de complice à une entreprise criminelle commune »²².

Notons tout de suite que l'expression qui nous occupe est bien présente (inscrite) dans cet acte d'accusation, puis présente oralement à l'audience à travers son énonciation par le juge dans le prétoire face à l'accusé. Dans cette séquence s'exprime une relativisation :

« le Procureur vous dira ceci, vous accusera selon tel chef, c'est son point de vue, le point d'appui de son acte d'accusation »,

mais dans le même temps est présentée aussi une façon d'additionner, la façon d'additionner reçue en partage par tous les membres de la chambre, à condition toutefois que les faits se placent correctement dans les éléments de la formule d'addition. Ici, le tiers (le juge, le futur « arbitre » garant de l'équité, en charge pendant toutes les phases de l'audience de discerner le rapport de vérité entre le montage accusatoire et son remplissage par les faits) énonce à l'intention de son destinataire (l'accusé, le public présent et virtuel²³) la formule sur laquelle repose une incrimination individuelle pour crime de masse. L'on a ici une présentation du travail de formatage du procureur, c'est-à-dire l'addition d'éléments hétérogènes de la formule accusatoire, rapportée au récit des faits dans leur version « large ». En effet, afin de saisir le mouvement relevé par l'enquête dans son ensemble et dans sa dynamique, sont additionnés des crimes commis directement par l'accusé, des crimes non commis directement par l'accusé et, aussi, un mode de participation de l'accusé à un dessein. Est décrit un mode de participation de l'accusé à quelque chose qui mobilise ou oblige d'autres personnes dans la commission directe et indirecte de crimes, mais qui engage aussi par là même l'auteur dans une scène plus vaste, dans un mouvement plus ample qui nécessite, de fait, d'autres co-opérateurs, des petits et des grands, et, partant, engage un jeu de responsabilité plus complexe. Se révèle, dans et par ces descriptions, la création d'un horizon idéologique inférant la nécessité des crimes, liant actes et projet. Se dessine dans les descriptions de l'acte d'accusation, l'image de co-initiateurs et co-participants à un *projet*, projet réalisé par le crime, projet dont le crime est le moyen et peut-être le but, ou en tout cas une conséquence déclarée nécessaire. Ce but était justifié par ses auteurs-concepteurs au moment des faits, mais il était muni alors d'un autre nom que « crime », comme par exemple « projet d'homogénéisation ethnique du territoire », et pour cela il fallait déplacer les populations et, souvent en tuer un grand nombre. Ces actes, donc, ont été, sur place, les moyens d'une fin. La qualification d'« entreprise criminelle commune » permet alors d'articuler entre eux un ensemble d'éléments prenant sens d'une relation organisée des moyens et des fins (un projet). Sur ce fonds, vient se greffer un mode de participation direct ou indirect dans la commission comme dans l'organisation des fins (co-auteur, complice, instigateur, etc). Peut alors s'établir un lien entre une scène de crime courte, à causalité maîtrisée, judiciairement routinisée dans le registre des passions et des intérêts recensés comme ordinaires, et une scène de crime beaucoup plus large, détachée du corps physique et de la présence matérielle de l'accusé, mobilisant des intérêts plus étendus et un « corps » institutionnel et logistique équipé de moyens plus vastes, qualitativement et quantitativement. Ainsi, l'accusé est-il instauré par l'acte d'accusation comme le co-auteur d'une situation qu'il a créée, telle que ses crimes (des actes) et ceux d'autres personnes (des acteurs), sont liés par quelque chose de commun. Il ne s'agit pas, dit l'acte d'accusation, d'une somme hasardeuse de crimes. Il y a un projet, des acteurs, des actes liés ensemble.

²² Affaire *Milan Babic*, audience du 26 novembre 2003. C'est le juge El Mahdi qui parle.

²³ Les procès peuvent être soit suivis à l'audience, où le public est placé derrière une vitre de verre et entend les débats grâce à des écouteurs, soit les suivre sur internet, où ils sont retranscrits *verbatim*.

Contrainte par le cadre de la responsabilité individuelle (pour crimes de masse) seule admise dans le statut du Tribunal, la description incriminatoire du procureur ne peut être saisie que si elle est lors relayée par de nombreuses médiations qui ouvrent sur du « collectif ». Ces médiations impliquent ainsi des types divers d'engagements collectifs : responsabilité du supérieur hiérarchique, par exemple, qui oblige à décrire les chaînes de commandements et les fonctions qui leur sont attachées *en situation*. C'est la posture d'incrimination du procureur, c'est dans ce cadre qu'il va devoir prouver. Suit alors dans l'acte d'accusation de notre accusé, la description factuelle de son parcours, son irrésistible ascension : avoir tenu un poste de responsabilité élevé au sein du SDS, le parti nationaliste des Serbes de Bosnie, puis, de postes en postes, être devenu président de la région autonome serbe auto proclamée de Krajina (en Croatie et Bosnie) et chef de son armée²⁴. On voit se mettre en place les moyens violents d'une prise de pouvoir mise au service d'une fin de conquête de territoires qu'il faut rendre ethniquement homogènes. Il s'agit aussi pour l'accusation de qualifier un état de choses (une forme de violence et de guerre) non encore référencée par le langage ordinaire ni par le droit, ainsi :

« Monsieur le Président, Mesdames les Juges, en 1992, la région connue sous le nom de Région autonome de Krajina, que l'on a l'habitude de désigner par le sigle RAK, a été le théâtre d'une des plus violentes campagnes particulièrement concertées de ce que décrit l'euphémisme 'nettoyage ethnique'. Il va sans dire que le nettoyage ethnique n'existe pas en droit. Le comportement évoqué par ces mots recouvre toute une série d'infractions reprises dans l'Acte d'accusation de la présente affaire²⁵ ».

Le procureur poursuit :

« L'accusation affirme que les éléments de preuve présentés, s'agissant de ce qui a été dit et de ce qui a été fait, démontrent que le motif consistait à créer un Etat serbe au sein de la Bosnie-Herzégovine ou, tout au moins, de créer une partie d'un Etat serbe plus grand. Afin de créer cet Etat, l'intention - et j'insiste sur ce mot - a consisté à déplacer de façon permanente la population non serbe des zones destinées à faire partie de cet Etat et d'effectuer ce déplacement par le biais des crimes décrits dans l'Acte d'accusation de la présente affaire. Nous affirmons que les Musulmans de Bosnie et les Croates de Bosnie ont subi ces crimes pour une et seule simple raison, à savoir le fait qu'ils étaient Musulmans ou Croates²⁶ ».

Comme on voit ici, l'explicitation de ce que recouvre la catégorie « épuration ethnique » est faite en explicitant le lien entre des crimes et le projet qui les sous-tend. Dans le contexte d'une Accusation qui n'a pas la ressource de prendre appui, si elle veut désigner criminelle, une politique, ni sur le crime d'agression, ni sur le crime contre la paix, ni sur le « complot », ni sur le crime d'Etat, qui n'apparaissent pas au statut (mais, pour les trois premiers, étaient présents à Nuremberg), la construction d'une intention criminelle à destination collective, organisée par des collectifs, mais à des places organisationnelles distinctes, ne va pas de soi.

Une fois projetée dans une logique pénale, cette politique criminelle dont il faut rendre compte, au moins à titre de contexte, doit se fragmenter, se différencier en nuances de responsabilités, de culpabilité, selon des critères de discernement peu explicites, créant un jeu d'imputations pénales inégales face à un projet global qu'il faut établir *aussi* et définir une politique des poursuites est lié

²⁴ « He signed a decision applying the law on defence of the Republic of Serbia to the territory of the SAO Krajina, and this made him de jure commander of all armed forces of the SAO Krajina, including special-purpose units of the Krajina Ministry, and commander of the Territorial Defence forces of the SAO Krajina »

²⁵ Affaire *Brđjanin*, audience du 23 juillet 2002, p. 691.

²⁶ *Ibid.*, p. 692

à la connaissance et à l'appréciation *globale, contextuelle* des faits. Choisir d'incriminer les « Grands », qui de ce simple fait d'être des Grands incarnent directement, en eux-mêmes, le collectif, ou choisir d'incriminer des « petits », dont il faut alors prouver la place dans l'organigramme, et les choisir plutôt que d'autres, équivalents en crimes, mais permettant d'ouvrir une enquête éclairant le travail quotidien de l'épuration ethnique (les camps, les expulsions massives, le rasage des villages, les viols, etc.). Le choix d'une poursuite des Grands, comme ici le choix d'arrêter Krajisnik, (un des bras droits de Karadzic) montre le travail d'identification par le procureur entre une personne, visée par une charge de responsabilité individuelle, et une fonction, relevant de la responsabilité « en réunion » de crimes collectifs, via l'identification entre conduite, intention politique et mode de participation :

« La conduite de cet accusé est précisée tout au long de l'Acte d'accusation, dans divers paragraphes. Sa conduite, c'est sa participation à diverses instances ou organisations, lesquelles avaient la maîtrise, le contrôle d'autres organes, d'autres instances ou entités, ce qui a entraîné la perpétration de ces crimes. Nous avons précisé quels étaient ces organes, ces entités dont il était membre et nous avons dit que c'était l'un des dirigeants du SDS, que lui et Karadzic en particulier étaient les deux membres politiques les plus importants qui déterminaient la politique du SDS, et que c'était le SDS qui avait créé ce concept de la grande Serbie ou, du moins, lui avait redonné une nouvelle vie²⁷ ».

A la lecture des actes d'accusation, des comptes-rendus d'audience, et des jugements, on a l'impression qu'il s'agit pour l'accusation, avec la notion d'entreprise criminelle commune, mais aussi pour les juges, de donner à ces actes, cahin-caha, un sens qui puisse se porter au-delà des verdicts judiciaires singuliers. Même si, dans certains cas, quand on poursuit aussi bien Krstic (génocidaire) que Naser Oric (défenseur de Srebrenica), la politique des poursuites²⁸ rend à nouveau cette guerre « illisible » ; malgré son apparence d'équité fondée sur une symétrie des camps en présence, sans mentionner le déséquilibre des forces et le contexte, sans recours au politique. Sans doute cela fut-il joué ainsi à cause d'une contrainte politique onusienne de l'équilibre « ethnique » des accusations, en prévision d'une accusation de partialité de camp, et en accord avec un équilibre diplomatique des alliances internationales. Néanmoins, la tentative de formuler, puisque personne d'autre ne le fait, un jugement judiciaire qui soit aussi un jugement critique, ou permettant la critique, la comparaison, est assurée et assumée. La parole élaborée ici « Ceci est du nettoyage ethnique, c'est un régime politique tel et tel et des personnes telles et telles qui l'ont élaboré et qui l'ont effectué, et ceci est un crime » permettra peut-être à terme, la mise en place d'un jugement politique *local* qui pourra s'appuyer sur le point de vue normatif public depuis lequel les jugements ont construits leurs incriminations et leur parole. En effet, le Tribunal a cherché à répondre en sus de la tâche pénale d'éclairer une scène de crime restreinte aux seuls abords immédiats du corps des morts, à une des autres de ses missions, celle d'opérer par l'établissement des faits et leur interprétation « politique » présentée dans un cadre contradictoire laissant entendre les descriptions de l'interprétation adverse, une possibilité critique, en objectivant, s'agissant de l'accusation, le point de condamnation, ici l'ultra nationalisme ethniciste tel qu'en ses œuvres. Ainsi, par exemple, dans cette introduction liminaire du procureur :

« Monsieur le Président, Madame et Monsieur les Juges, ce procès nous présentera *une politique gouvernementale* de persécution et de nettoyage ethnique. Le crime commis l'a été à grande échelle. Des questions s'imposent : qui, quand, où, pourquoi et comment ? Ces questions illustrent la magnitude du crime et, si nous les posons, nous pouvons commencer à entrevoir l'importance de ces actes criminels. Qui a commis le crime ? Eh bien ce crime a

²⁷ Affaire *Krajisnik*, réf ?, p. 36

²⁸ Voir les analyses de Rafaëlle Maison, « L'affaire Naser Oric ou la résistance combattante devant la justice internationale », *Mélanges en l'honneur de Danièle Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, pp. 307-312

très certainement été commis par un nombre de personnes plus important que celles qui comparaissent ici aujourd'hui. Il s'agit d'un grand nombre de représentants politiques, de policiers, de dirigeants militaires et de fidèles de la Republika Srpska. C'est cette entité fantoche qui est suspendue au fil que tient la main de Slobodan Milosevic, qui a retourné la police et les forces militaires contre le peuple qu'ils représentent dans une recherche de participation à la réalisation d'une grande Serbie ethniquement pure...Mais que s'est-il passé en avril-mai 1992 ? Cela n'a pas été un événement inattendu qui s'est produit par hasard. Il s'est agi d'une campagne orchestrée, bien planifiée ; une campagne de terreur qui se préparait depuis quelque temps déjà »²⁹.

On voit ici que la rhétorique du procureur, même s'il vise un aspect collectif du crime, le restreint toutefois au « politique », et circonscrit un groupe qui dévoie un Etat, protégeant ainsi « le peuple » victime, de l'imputation de responsabilité, limitant ainsi le sens de l'expression « responsabilité collective ».

La découverte progressive des organigrammes et du fonctionnement des instances ayant permis, organisé, et ordonné les actes de l'épuration ethnique, à partir du traçage de la carrière politique d'individus, montra aux enquêteurs du bureau du procureur une carte inhabituelle de l'effectuation de la guerre, conduite avec un assemblage de morceaux d'organes Etat réaffectés, redéfinis, de milices privées recrutées à temps par les partis nationalistes et ultra nationalistes, de sous-milices plus temporaires encore, strictement locales, fondées au sein d'un village ou d'un bourg, d'armée régulière détournée de ses objectifs nationaux antérieurs, de groupes policiers équipés militairement, de listes nominatives issues du matériel statistique d'Etat utilisées pour discriminer, persécuter, éliminer, tuer, d'acquisition de territoires, d'autonomies territoriales inter frontalières autoproclamées, le tout dans une situation nationale devenue illisible, difficile à qualifier. L'Etat fédéral yougoslave était détruit, le Parti unique qui le régissait, défait, des partis nationalistes devenus sources de fondations des équipements politiques et logistiques de la guerre, de la campagne d'épuration ethnique, présentée largement sur place par ses promoteurs comme une guerre préventive et défensive.

Face à l'accusation, la défense organisera les faits et plaidera elle aussi sa cause. Son travail consistera à resituer ses justifications sur le fond, par un recours à « l'esprit de l'époque » fondée sur des faits construits comme réponse à un passé frustrant dont ils ont été les victimes. Pendant longtemps, cette ligne défensive a été élaborée par des avocats notoirement affiliés aux mêmes partis nationalistes que les accusés. Ceci est de moins en moins le cas aujourd'hui, via le recours à des avocats de provenance différente. Au cours d'une audience du procès Brdjanin, le procureur pose à un témoin de l'accusation, expert militaire, ex colonel dans l'armée fédérale yougoslave, Osman Selak, la question de la communauté d'objectifs entre deux organisations étatiques (VRS et SDS), c'est à dire un Parti (le SDS, parti nationaliste serbe), une armée (VRS, l'armée des Serbes de Bosnie) et la présidence de la République serbe :

« L'objectif commun était de créer l'Etat de la Republika Srpska. Et puisqu'il s'agissait d'un objectif commun, ils ne pouvaient que discuter des méthodes qui leur permettraient de parvenir à ces objectifs de la façon la plus rapide et la plus facile. Et il ne pouvait y avoir de divergences que quant à l'approche retenue pour parvenir à ces objectifs, mais les objectifs étaient des objectifs communs. Il n'y avait aucun obstacle, aucun dilemme à ce sujet »³⁰.

²⁹ Affaire *Kvočka et al.*, compte-rendu d'audience du 22 août 2000, pp. 569-570, déclaration liminaire du procureur Nieman.

³⁰ Affaire *Brdjanin*, compte-rendu d'audience du 15 janvier 2003, pp. 12917-12918

La défense se servira au contraire souvent du thème de la division interne, pour plaider la dissociation d'objectifs, ainsi Seselj, qui a choisi d'assurer seul sa défense, déclare :

« Ces documents n'ont aucune valeur d'éléments de preuve pour ce qui est des chefs d'accusation mais, pour moi, ça peut être important parce que cela illustre les mesures du régime en Serbie prises à mon encontre et à l'encontre du Parti radical serbe en 1991, 1992 et 1993, à savoir à la période qui est pertinente pour l'acte d'accusation, et donc, il serait impossible d'affirmer que j'ai été partie intégrante d'une entreprise criminelle commune avec eux. Donc, il (Milosevic) voulait ma tête et l'on affirme d'autre part que j'ai été en entreprise criminelle commune avec eux »³¹.

De même, comme souligné plus haut, la défense attaquera la version maximaliste du modèle de participation qui se dégage de la notion d'entreprise criminelle commune :

« La question que pose la défense est la suivante: est-ce que cela veut dire que les fonctionnaires politiques sont, du fait même qu'ils font de la politique, considérés comme responsables? Le Tribunal ne devrait pas permettre au Procureur d'étendre l'Acte d'accusation sur des bases politiques ou autres. Il s'agit d'un acte juridique qui ne doit contenir que des catégories juridiques. Plus concrètement, le Procureur affirme que mon client, M. Krajisnik, est coupable du fait même qu'il se trouvait à la tête de l'assemblée de la Republika Srpska, car le Procureur estime que l'assemblée de la Republika Srpska est déjà une forme d'organisation criminelle et que mon client, M. Krajisnik, est un criminel »³².

Plus loin, dans la même audience, l'avocat de Krajisnik, maître Neskovic, poursuit :

« Mais ce qui pose le problème, c'est que le terme de « la grande Serbie » est utilisé dans un sens erroné par le Procureur. Il prend ce terme pour un concept criminel qui sous-entend la purification ethnique, les poursuites génocidaires... Le Procureur défend son droit, le droit qu'il s'arroge, et estime qu'il n'y a pas lieu qu'il précise un certain nombre de termes qu'il utilise dans l'Acte d'accusation, estime qu'il n'est pas tenu de préciser les concepts qu'il utilise, alors que la défense estime que le Procureur est allé trop loin ici, car en fait ce que demande l'accusation, c'est le droit d'utiliser à mauvais escient les termes suivis. Par exemple, quant au concept de la grande Serbie, le Procureur ne tire pas ce concept de l'histoire, de la réalité historique où ce concept s'est forgé et a évolué, mais le puise plutôt dans une propagande véhémente »³³.

Mais cette thématization n'est plus comprise que par le petit nombre des « engagés locaux », cause peinant à s'universaliser et à convaincre, hors de ce cercle, ou trouvant des alliés qui devront alors s'exprimer sans le seul recours au « tu quoque » et à la défense de rupture. Création donc d'un affrontement sur le terrain du politique, de la critique politique. Pour cela il fallait trouver un terme qui exprime et condamne à la fois, la fabrication de collectifs para étatiques, dans une situation d'Etat défait et d'entrepreneurs visant à le reconfigurer selon un schème utopique, schème qui, une fois décrit, empêche, malgré tout, la diabolisation absolue de ses auteurs, puisque historicisable (chaînes repérables des « frustrations » thématizedes comme relevant de la faute d'un autre, et recontextualisées). Ce lien, (fragile, problématique, contesté) est tout l'enjeu des procès pour crimes internationaux, et il est porté par la notion d'entreprise criminelle commune.

³¹ Affaire *Seselj*, audience du 15 janvier 2008

³² Affaire *Krajisnik*, audience du 19 juillet 2000, pp 29-30

³³ *Ibid.*, p. 33

Ainsi, l'accusation ne se trouve-telle pas seulement face à un corpus de textes de droit et aux injonctions qui les sous-tendent, mais aussi face à un ensemble de faits criminels massifs, à une guerre jamais vue ni décrite sous cet angle, et qu'elle cherche à saisir, à qualifier, à faire parler, à prouver. Il lui faut décrire ces faits en même temps que leur intention, décrire le lien qui unit un individu, agent ou non de l'Etat et ses « objectifs immédiats », à un projet. J'ai voulu donner ici un premier aperçu des capacités descriptives de l'expression « entreprise criminelle commune », et certaines des difficultés ou des tensions que l'économie sémantique du terme permet d'affronter, de contourner, si ce n'est d'absorber totalement, ceci face aux contraintes engendrées par les missions plurielles du TPIY et par l'ambiguïté créée par la pluralité de ses destinataires.