UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Article scientifique | Commentaire | 2005

Published version | Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Note sur l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 12 décembre 2000 : compétence des tribunaux internes en matière de crimes internationaux et la configuration du crime de génocide

Kolb, Robert

How to cite

KOLB, Robert. Note sur l'arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande du 12 décembre 2000 : compétence des tribunaux internes en matière de crimes internationaux et la configuration du crime de génocide. In: Global community, 2005, vol. 1, p. 293–307.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44846

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Note sur l'Arrêt de la Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande du 12 Décembre 2000: Compétence des Tribunaux Internes en Matière de Crimes Internationaux et la Configuration du Crime de Génocide

1. Par un arrêt du 12 décembre 2000 en l'affaire *1290/99*, la Cour constitutionnelle fédérale allemande confirmait le jugement du degré inférieur condamnant en Allemagne un Serbe bosniaque pour des actes de génocide commis sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine.[1] Cet arrêt suprême comporte quelques aspects intéressants en matière de compétence des tribunaux allemands, de droit international général et de définition des actes tombant sous le coup de la norme interdisant le génocide. L'objectif des quelques lignes qui suivent n'est pas d'en donner un aperçu approfondi mais uniquement d'attirer l'attention sur ses contenus. Par effort de concision, l'analyse sera fortement réduite.

I. Résumé de l'arrêt

Il est utile de commencer avec un bref résumé de l'arrêt.

1. Le requérant, condamné par les tribunaux allemands pour génocide, conteste tout d'abord la *compétence des juridictions allemandes*. Il fait valoir qu'une norme prohibitive du droit international empêche les juridictions allemandes d'exercer leur compétence répressive. La cour constitutionnelle estime qu'il faut s'interroger sur la question de savoir s'il existe une règle du droit international général qui s'oppose à l'exercice de la compétence universelle des tribunaux selon les prévisions de l'article 6 du code pénal allemand. Il n'apparaît pas à la cour qu'indépendamment de l'article VI de la Convention contre le génocide de 1948, qui ne prohibe pas une compétence universelle, une autre norme du droit international général enlève la compétence universelle de punir aux tribunaux allemands. Qui plus est, selon la cour, une coutume dérogatoire à cette compétence

1 Le texte de l'arrêt a été publié en langue originale allemande dans l'EUROPÄISCHE GRUNDRECHTE ZEITSCHRIFT (EuGRZ), vol. 28, 2001, p. 76-82.

conventionnelle stipulée à l'article VI n'est pas imaginable parce que la Convention de 1948 contient des normes de *ius cogens*. S'agissant de normes impératives, une coutume postérieure ne peut y déroger tout au plus que pour ce qui est d'aspects subordonnés, mais non sur la teneur essentielle. De plus, selon la cour, les articles 1 et 6 de la Convention lus conjointement montrent que le but était d'assurer une répression pénale effective. Or, la norme prohibitive postulée par le requérant aurait pour effet de s'opposer diamétralement à l'efficacité des dispositions conventionnelles citées.

2. Le requérant conteste ensuite la *configuration juridique du crime de génocide*. En particulier, des actes n'ayant pas pour effet de détruire physiquement des personnes du groupe protégé ne seraient pas couverts. Selon la cour, au contraire, l'intention de détruire en tout ou en partie un groupe protégé, inhérente au crime de génocide, ne signifie pas que tous les actes doivent avoir pour effet immédiat une destruction physique des victimes. D'autres actes, n'impliquant pas la mort des victimes, sont aussi couverts. Il en est ainsi par exemple du fait de déporter des membres du groupe afin de contribuer à réaliser une épuration ethnique. Selon la cour, le but de ces actes doit être de s'attaquer à l'existence du groupe dans sa réalité et son enracinement social. De plus, le génocide peut être perpétré dans une aire géographiquement limitée. Enfin, il faut souligner que l'intention de détruire un groupe peut être déduite d'un certain nombre de faits, comme la doctrine politique de l'accusé, ses discours, ses plans, etc. La pratique des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* ainsi que les résolutions du Conseil de Sécurité des Nations Unies montrent, selon la cour, qu'une politique systématique d'épuration ethnique tombe sous le coup de l'interdiction du génocide et peut être punie comme telle.

3. La cour revient enfin sur des aspects relatifs à la compétence. La Convention contre le génocide de 1948 ne retient pas le *principe de l'universalité de juridiction*. Selon le requérant, cela revient à dire que la compétence universelle ne peut être légalement exercée en la matière. L'article VI de la Convention contre le génocide de 1948 ne concède pas de compétence universelle. Mais la prohibe-t-il? Pour la cour, une réponse négative s'impose : la Convention ne prévoit pas la compétence universelle, mais elle ne l'exclut pas pour autant.[2] Dans ce raisonnement, l'article VI ne règle pas de manière exhaustive les titres de compétence. Il mentionne le principe de territorialité mais n'entendait pas par cela exclure d'autres chefs de

2 Arrêt (*supra*, note 1), p. 81, col. 3-4: "Im Rahmen der Wortlautinterpretation haben Gerichte verfassungsrechtlich bedenkenfrei festgestellt, dass Art. VI Völkermordkonvention jedenfalls kein Verbot der Erstreckung deutscher Strafrechtsetzungsgewalt enthält". En français: « Dans le cadre de l'interprétation textuelle, les tribunaux ont constaté, de manière irréprochable du point de vue constitutionnel, que l'article VI de la Convention contre le génocide ne contient en tout cas pas d'interdiction de l'exercice d'une compétence répressive allemande ».

compétence reconnus en droit international général, comme par exemple les principes de personnalité active ou passive, qu'il ne mentionne pas non plus. L'article VI n'est donc pas exhaustif. De plus, si l'on considère l'objet et le but de la Convention qui est d'assurer une répression aussi effective que possible, l'absence du principe d'universalité ne peut pas signifier autre chose que ceci: les Etats ne désiraient pas établir une *obligation* de poursuivre selon l'universalité de la compétence ; ce n'est cependant pas dire que les Etats renonçaient au *pouvoir* d'ainsi poursuivre, en un mot, ce n'est pas dire qu'une prohibition a été établie.[3] En d'autres termes, selon la cour, la Convention ne prévoit pas de compétence universelle obligatoire, mais elle permet implicitement une compétence universelle facultative, dans le cas où celle-ci n'est pas contraire au droit international général. Dès lors, pour la cour, les titres de compétence du droit international général ne sont pas altérés par la Convention ; ils continuent à exister à ses côtés, en toute indépendance. La cour ajoute que pour le génocide, qui est l'un des crimes les plus graves, l'application du principe d'universalité ne paraît que plus indispensable. Face à ces arguments, les travaux préparatoires de la Convention de 1948 n'ont selon la cour pas de poids déterminant. Il est vrai que l'universalité de la compétence, après avoir été dans un premier temps retenue, a finalement été écartée. Cependant, ces travaux préparatoires ne sont que des moyens complémentaires d'interprétation.[4] Ils ne sauraient donc prévaloir sur une interprétation du texte selon l'objet et le but de celui-ci, quand ce procédé n'aboutit pas à des résultats absurdes ou déraisonnables.

Dès lors, le requérant a légitimement été condamné pour génocide. Son recours doit être rejeté.

On peut se permettre quelques commentaires ponctuels sur ce jugement et le raisonnement qui l'accompagne.

II. La règle du « Lotus », le *ius cogens* et l'interprétation

1. La règle du « Lotus »

La Cour aborde la question de la compétence sous l'angle négatif, cherchant une règle prohibitive, et non sous l'angle positif, exigeant une règle attributive de compétence. Les tribunaux allemands peuvent donc exercer leur compétence de punir tant qu'il n'aura pas été établi qu'une règle du droit international général ou particulier vient limiter ce pouvoir

3 Il en est similairement dans le champ de la règle conventionnelle *aut dedere aut iudicare*. Sur cette règle en droit international, cf. M. Cherif BASSIOUNI, Edward M. WISE, *Aut Dedere Aut Iudicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht-Boston-Londres, 1995.

4 Cf. l'article 32 de la Convention de Vienne sur la droit des traités (1969).

originaire.[5] Le fondement de la compétence repose ainsi sur l'ancien principe de la liberté étatique avancé dans l'affaire du *Lotus* (1927).[6] Cette règle négative semble avoir été invoquée pour la première fois, en matière de compétence universelle, dans l'affaire *Eichmann* (1961/2), devant les juridictions israéliennes, non pas au niveau de la cour de district[7] mais de la

5 *Ibid.*, p. 76-7, 81.

6 CPJI, *sér. A, no. 10*, p. 19: "Il ne s'ensuit pas que le droit international défend à un Etat d'exercer, dans son propre territoire, sa juridiction dans toute affaire où il s'agit de faits qui se sont passés à l'étranger et où il ne peut s'appuyer sur une règle permissive du droit international. Pareille thèse ne saurait être soutenue que si le droit international défendait, d'une manière générale, aux Etats d'atteindre par leurs lois et de soumettre à la juridiction de leurs tribunaux des personnes, des biens et des actes hors du territoire, et si, par dérogation à cette règle générale prohibitive, il permettait aux Etats de ce faire dans des cas spécialement déterminés. Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. Loin de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction à des personnes, des biens et des actes hors du territoire, *il leur laisse à cet égard une large liberté, qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives* ; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables (...). Dans ces conditions, tout ce qu'on peut demander à un Etat, c'est de ne pas dépasser les limites que le droit international trace à sa compétence ; en deça de ces limites, le titre à la juridiction qu'il exerce se trouve dans la souveraineté". La Cour permanente de Justice elle-même, en l'affaire relative à la *juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder* (1929) avait apporté un tempérament à la règle de liberté résiduelle du *Lotus*, cfr. CPJI, *sér. A, no. 23*, p. 26. La question a été soulevée à de nombreuses reprises depuis, que ce soit en droit international général (cf. l'affaire relative à la *Légalité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultatif du 8 juillet 1996*, CIJ RECUEIL 1996, p. 238-9, 247) ou dans des droits plus intégrés, comme celui des Communautés européennes (cf. l'opinion de l'avocat général Darmon à la CJCE en l'affaire *Ahlström* (1988), INTERNATIONAL LAW REPORTS, vol. 96, p. 179). A propos de l'avis des armes nucléaires, voir Jean SALMON, *Le problème des lacunes à la lumière de l'avis 'licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires' rendu le 8 juillet 1996 par la CIJ*, dans : *Mélanges N. Valticos*, Paris, 1999, p. 197 ss. Sur la règle résiduelle de liberté, voir aussi les réflexions intéressantes dans les textes suivants: Hersch LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, Londres, 1958, p. 359 ss.; Hersch LAUTERPACHT, *Some Observations on the Prohibition of 'non liquet' and the Completeness of the Law*, dans : *Mélanges J.H. W. Verzijl*, La Haye, 1958, p. 196 ss.; Julius STONE, *Non Liquet and the Function of Law in the International Community*, BRITISH YEAR BOOK OF INTERNATIONAL LAW, vol. 35, 1959, p. 124 ss.; Julius STONE, *Non Liquet and the Judicial Function*, dans : Chaïm PERELMAN (éd.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1968, p. 305 ss.; Jean SALMON, *Quelques observations sur les lacunes en droit international public*, dans : Chaïm PERELMAN (éd.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, 1968, p. 316-7; Albert BLECKMANN, *Die Handlungsfreiheit der Staaten*, ÖSTERREICHISCHE ZEITSCHRIFT FÜR ÖFFENTLICHES RECHT UND VÖLKERRECHT, vol. 29, 1978, p. 173 ss.; Albert BLECKMANN, *Die Völkerrechtsordnung als System von Rechtsvermutungen*, dans : *Mélanges H.U. Scupin*, Berlin, 1983, p. 407 ss.; Ulrich FASTENRATH, *Lücken im Völkerrecht, Schriften zum Völkerrecht*, vol. 93, Berlin, 1991, p. 239 ss. Des remarques intéressantes sur la 'règle du Lotus' peuvent être trouvées notamment chez Maurice BOURQUIN, *Règles générales du droit de la paix*, 35 RECUEIL DES COURS 1931-I, p. 101 ss.; Frede CASTBERG, *La méthodologie du droit international public*, 43 RECUEIL DES COURS 1933-I, p. 342 ss.; Gabriele SALVIOLI, *Les règles générales de la paix*, 46 RECUEIL DES COURS 1933-IV, p. 21 ss., 62; Louis LE FUR, *Règles générales du droit de la paix*, 54 RECUEIL DES COURS 1935-IV, p. 302; Jules BASDEVANT, *Règles générales du droit de la paix*, 58 RECUEIL DES COURS 1936-IV, p. 593 ss.; James Leslie BRIERLY, *The Lotus Case*, dans : James Leslie BRIERLY, *The Basis of Obligation in International Law*, Oxford, 1968, p. 143-4; Gerald G. FITZMAURICE, *The General Principles of International Law Considered from the Standpoint of the Rule of Law*, 92 RECUEIL DES COURS 1957-II, p. 50 ss.; Gerald G. FITZMAURICE, *The Law and Procedure of the ICJ, 1951-54 : General Principles and Sources of Law*, BRITISH YEAR BOOK OF INTERNATIONAL LAW, vol. 30, 1953, p. 8 ss.; Hermann MOSLER, *Völkerrecht als Rechtsordnung*, ZEITSCHRIFT FÜR AUSLANDISCHES ÖFFENTLICHES RECHT UND VOLKERRECHT, vol. 36, 1976, p. 37 ss.; Alfred VERDROSS—Bruno SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3 éd., Berlin, 1984, p. 388.

7 INTERNATIONAL LAW REPORTS, vol. 36, p. 25 ss.

cour suprême saisie en appel.[8] Elle a encore récemment joui d'une faveur certaine, notamment en Allemagne.[9] Cette attitude n'est pas sans étonner, tant le principe du *Lotus* a-t-il été décrié dès ses débuts comme étant fondé sur la conception erronée d'une souveraineté illimitée, incompatible avec un droit international ordonnant objectivement les compétences sur la base de titres juridiques précis, notamment le territoire.[10] Dans les temps récents, la doctrine penche en effet de plus en plus vers la règle inverse qui demande un titre de compétence conféré par le droit international.[11] Elle estime que la multiplication de titres due à l'interdépendance croissante aurait rendu obsolète la règle assez primitive d'une liberté anarchique, posée comme principe constitutionnel premier du droit des compétences.

En l'espèce, l'invocation de la règle du *Lotus* opère toutefois dans un contexte qui en intervertit la fonction: une règle ancrée dans la souveraineté et l'individualisme étatiques est invoquée pour exercer une fonction d'intérêt public, c'est-à-dire pour justifier des poursuites pénales mises en oeuvre dans l'intérêt de la communauté internationale tout entière (compétence universelle).[12] Comme l'a dit la cour suprême d'Israël en l'affaire *Eichmann* (1962), les crimes internationaux donnant lieu à une compétence universelle sont des actes qui « damage vital international interests; they impair the foundations and security of the international community; they violate the universal moral values and humanitarian principles that lie hidden in the criminal law systems adopted by civilized nations. The underlying principle in international law regarding such crimes is that the individual who has committed any of them and who, when doing so, may be presumed to have fully comprehended the heinous nature of his act, must account for his conduct ».

---

8 *Ibid.*, p. 15 (résumé), p. 283 ss., 287.

9 Voir par exemple l'affaire *Jorgic* du 26 août 1997 de *l'Oberlandesgericht Düsseldorf*, 2 StE 8/96, p. 152 ; l'affaire *Jorgic* du 30 avril 1999, Cour suprême fédérale, p. 5, no. 1 ; l'affaire *Kuslic* du 15 décembre 1999 de la Cour suprême de Bavière, 6 St 1/99, p. 164.

10 Cf. par exemple Charles ROUSSEAU, *L'aménagement des compétences en droit international*, REVUE GÉNÉRALE DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC, vol. 37, 1930, p. 423-4. Voir aussi les juges dissidents en l'affaire du *Lotus*: Op. diss. Loder, *loc. cit.*, note 2, p. 34-5 ; Op. diss. Weiss, *ibid.*, p. 44-5 ; Op. diss. Finlay, *ibid.*, p. 57 ; Op. diss. Nyholm, *ibid.*, p. 60-1 ; Op. diss. Moore, *ibid.*, p. 92-4 ; Op. diss. Altamira, *ibid.*, p. 95, 101-2. Cfr. aussi Marc HENZELIN, *Le principe d'universalité en droit pénal international*, Bâle-Genève, 2000, p. 149 ss. Sur toute la question, voir aussi Robert KOLB, *La règle résiduelle de liberté en droit international public (Tout ce qui n'est pas interdit est permis)*, REVUE BELGE DE DROIT INTERNATIONAL, vol. 34, 2001, p. 100 ss.

11 Cf. par exemple HENZELIN, *supra* note 10, p. 141 ss., avec de nombreux renvois.

12 Voir INTERNATIONAL LAW REPORTS, vol. 36, p. 291-2. Sur la compétence universelle, voir surtout HENZELIN, *supra* note 10, et Kenneth C. RANDALL, *Universal Jurisdiction under International Law*, TEXAS LAW REVIEW, vol. 66, 1988, p. 785 ss.; Luis BENAVIDES, *The Universal Jurisdiction Principle: Nature and Scope*, ANUARIO MEXICANO DE DERECHO INTERNACIONAL, vol. 1, 2001, p. 19 ss. (-96). D'autres renvois chez Henzelin ou dans REVUE HELLÉNIQUE DE DROIT INTERNATIONAL, vol. 50, 1997, p. 58, note 59.

Le principe du *Lotus* est-il indispensable à cette fin? Il est permis d'en douter. Il ne semblait pas impossible de dire directement que la compétence universelle est reconnue désormais pour ce qui est des crimes internationaux les plus graves (y compris le génocide).[13] Cette base étant alors positivement établie, le recours à la règle négative serait superflu: il est entendu que si le droit international vous dit que vous avez le droit de faire quelque chose, il ne peut pas en même temps vous dire que ce quelque chose est prohibé. C'est d'ailleurs sans avoir recours à la règle du *Lotus* que la cour de district avait argumenté en l'affaire *Eichmann* (1961).[14]

Si jamais on veut mettre en jeu la règle résiduelle de liberté dans le contexte d'une compétence universelle, elle change en tout cas profondément de portée. Ne servant pas uniquement à la sanction d'intérêts particuliers à l'Etat qui l'exerce mais surtout à la sanction d'intérêts communs à tous les Etats (ordre public international), la présomption de liberté ne repose plus simplement sur la souveraineté originaire, mais se voit renforcée par le mandat implicite de tous les Etats d'assurer la punition des criminels ayant commis des crimes affectant la communauté en tant que telle. Un aspect « attributif » de compétence, un mandat implicite, s'adjoint ainsi à une pure liberté sans finalité intrinsèque. La règle est mise au service de la

13 Cette manière de voir n'est certes pas incontestée mais nous paraît bien fondée. Voir en ce sens: *Message du Conseil fédéral helvétique à l'Assemblée fédérale du 31 mars 1999, relatif à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et révision correspondante du droit pénal*: "Aujourd'hui, en vertu de la qualité impérative (*jus cogens*) de l'interdiction du génocide, et de son effet *erga omnes* (...), il ne fait aucun doute que la répression du crime de génocide repose en droit international sur le principe de l'universalité"; Lucius CAFLISCH, *La pratique suisse en matière de droit international public 1999*, REVUE SUISSE DE DROIT INTERNATIONAL ET DE DROIT EUROPÉEN, vol. 10, 2000, p. 660. Voir aussi: American Law Institute, *Restatement of the Law Third, Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1, St. Paul, 1987, § 404; Lassa F. OPPENHEIM, *International Law* (éd. Robert Jennings / Arthur Watts), 9 éd., Londres, 1992, p. 469-70; M. Cherif BASSIOUNI, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht-Boston-Londres, 1992, p. 510 ss.; Theodor MERON, *International Criminalization of Internal Atrocities*, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol. 89, 1995, p. 569 ss.; Luc REYDAMS, *Universal Jurisdiction over Atrocities in Rwanda: Theory and Practice*, EUROPEAN JOURNAL OF CRIME, CRIMINAL LAW AND CRIMINAL JUSTICE, vol. 4, 1996, p. 25 ss.; Michael AKEHURST—Peter MALANCZUK, *A Modern Introduction to International Law*, 7. éd., Londres-New York, 1997, p. 113 ss.; Lyal S. SUNGA, *The Emerging System of International Criminal Law*, La Haye, 1997, p. 250 ss.; Brigitte STERN, *La compétence universelle en France: le cas des crimes commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda*, GERMAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW, vol. 40, 1997, p. 280 ss.; Anne LA ROSA, *Dictionnaire de droit international pénal*, Paris, 1998, p. 10 ss.; Brigitte STERN, *A propos de la compétence universelle ...*, dans : *Mélanges M. Bedjaoui*, La Haye-Londres-Boston, 1999, p. 735 ss.; *Santiago* VILLALPANDO, *L'affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L'apport au droit international de la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999*, REVUE GÉNÉRALE DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC, vol. 104, 2000, p. 396 ss. Cfr. aussi RANDALL, *supra* note 12, p. 810 ss., 834-7. Pour des prises de position contraires, voir les auteurs cités dans Herve ASCENSIO—EMMANUEL DECAUX—Alain PELLET (éds.), *Droit international pénal*, Paris, 2000, p. 905 ss. Plus sceptique, HENZELIN, *supra* note 10, p. 339 ss., 412 ss. Sur la compétence universelle, voir aussi : Antonio CASSESE—Mireille DELMAS-MARTY (éds.), *Juridictions nationales et crimes internationaux*, Paris, 2002; Luc REYDAMS, *Universal Jurisdiction*, Oxford, 2003; Stephen MACEDO (éd.), *Universal Jurisdiction*, Philadelphia, 2004; Claus KRESS, *Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip im Blickfeld des internationalen Gerichtshofs*, ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT, vol. 114, 2002, p. 818 ss.; Gilbert GUILLAUME, *La compétence universelle—Du Code de Justinien à l'affaire Yerodia*, dans : Gilbert GUILLAUME, *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXIe siècle*, Paris, 2003, p. 219 ss.

14 *Supra*, note 4.

communauté; elle n'est plus l'expression exclusive d'une confrontation d'intérêts.[15] Le problème qui continue à se poser est alors celui du *forum conveniens / non conveniens* : tous les tribunaux n'ont pas la même légitimité ni la même connexité aux faits pour pouvoir les juger au mieux ; la sélection du tribunal le plus approprié devient ici un problème potentiellement aigu.

2. Le rôle du *ius cogens*

Un autre aspect intéressant touche au dédoublement des sources et au *ius cogens*. Comme on l'a vu, le requérant avait fait valoir qu'il existait une règle de droit international empêchant les tribunaux allemands de statuer. Or, selon la Cour, une telle règle n'existe pas. Voici son raisonnement.[16] En droit international, il peut y avoir des normes coutumières et conventionnelles parallèles couvrant la même matière.[17] A cause de l'absence de hiérarchie formelle entre les sources, la dérogation s'opère au bénéfice des règles de la *lex posterior* et de la *lex specialis*. Il est toutefois une exception pour les règles de *ius cogens*.[18] Or, c'est bien des normes ayant cette qualité que codifie la Convention contre le génocide de 1948. Dès lors, l'effet dérogatoire du droit coutumier (notamment postérieur) ne peut porter que sur des aspects subordonnés de ces normes ; il ne saurait s'attaquer à la substance des règles impératives posées par la Convention (et d'ailleurs par le droit coutumier lui-même).[19] La norme prohibitive avancée par le requérant aurait ici, selon la cour, un effet excessif. Elle porterait atteinte à la substance même des règles d'ordre public : la prohibition d'exercer

15 Pour une telle approche nuancée, voir par exemple les explications dans l'affaire de délits en matière de stupéfiants, arrêt du 20 octobre 1976 du Bundesgerichtshof, *Fontes Iuris Gentium*, sér. A, sect. II, tome 8 (1982), p. 140-1. Les passages pertinents sont reproduits aussi dans Jörg Paul MÜLLER—Luzius WILDHABER, *Praxis des Völkerrechts*, 3 éd., Berne, 2001, p. 383.

16 Arrêt (*supra*, note 1), p. 77-8.

17 Cf. l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats Unis d'Amérique), Fond, Arrêt du 27 juin 1986*, CIJ RECUEIL 1986, p. 92 ss.

18 Sur cette notion, voir entre tant d'autres Lauri HANNIKAINEN, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law. Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, 1988; Stefan KADELBACH, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin, 1992. Sur l'interdiction du génocide comme *ius cogens*, voir en pratique l'affaire *Le Procureur c. Clément Kayishema et Obed Ruzindana*, Affaire no. ICTR-95-1, Arrêt du 21 mai 1999, Chambre de première instance du TPIR, § 88.

19 Arrêt (*supra*, note 1), p. 78, colonne 1, no. 3: "Fliessen solche Regeln [règles de *ius cogens*] aus einem grundlegenden Prinzip wie dem Verbot des Völkermordes, so kommt die Anwendung der gewohnheitsrechtlichen Norm in Betracht, soweit die Abweichungen kleinerer Natur sind, also die Respektierung der vertraglichen Pflichten nicht beschränkt. En français : « Quand ces règles [les règles de ius cogens] découlent d'un principe aussi fondamental que l'interdiction du génocide, l'application de la norme de droit international coutumier entre en ligne de compte pour autant que ses écarts par rapport à la règle conventionnelle sont de nature mineure, n'empêchant dès lors pas le respect des devoirs conventionnels ».

une compétence répressive universelle s'opposerait diamétralement à l'engagement de punir efficacement, dérivé de l'article 1 de la Convention.[20] Elle ne saurait donc être admise.

L'importance accordée dans ces passages à la Convention de 1948, comme point central du raisonnement, tient à des exigences de droit interne. Il fallait démontrer que la source que les tribunaux internes appliquaient de manière autonome n'avait pas été altérée par les règles du droit international général, qui sont du ressort de la cour constitutionnelle. Cela dit, on peut s'interroger si la construction choisie par la Cour était indispensable. N'aurait-il pas suffi de dire que l'existence d'une règle coutumière limitative n'a pas été établie? Que la pratique pertinente et l'*opinio iuris* à cet effet font défaut?

Tout le raisonnement de la Cour repose, au contraire, sur l'idée que le « degré de dérogation » opérée par la norme coutumière est décisif pour sa validité par rapport à la règle conventionnelle impérative: un peu de dérogation oui, beaucoup de dérogation non. Mais pourquoi se placer sur ce terrain de la validité et non sur celui plus simple de l'existence d'une norme coutumière dérogatoire ? De plus, ce raisonnement est fondé sur une hypothèse: si le requérant invoque une règle 'trop' dérogatoire, elle ne saurait *a priori* être valable, à cause du caractère impératif de la norme conventionnelle. Cependant, le *ius cogens* ne postule pas l'immutabilité totale d'une règle.[21] Le droit exige simplement un parallélisme des formes quand il s'agit de modifier une règle impérative : il faudra non seulement établir l'existence d'une *opinio iuris* ordinaire accompagnant la pratique étatique, mais encore l'existence d'une *opinio iuris cogentis* (critère de la double *opinio iuris*).[22] Cela rend plus difficile la substitution d'une norme de *ius cogens* par une nouvelle norme de *ius cogens* coutumière. N'aurait-il pas été plus simple, dès lors, de se fonder éventuellement sur cet aspect de parallélisme des formes plutôt que sur celui du degré de dérogation? Cela aurait permis de disposer de l'argument du requérant sur une base juridiquement plus sûre et mieux ancrée dans le droit positif.

---

20 *Ibid.*: "Dies wäre bei der vom Beschwerdeführer als existierend behaupteten Völkergewohnheitsnorm nicht der Fall. Denn das Verbot der universalen Strafrechtspflege würde der Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus Art. 1 Völkermordkonvention nach der Auslegung der angegriffenen Urteile für die Bundesrepublik ergeben, diametral entgegenstehen". En français: « Cela ne serait pas le cas dans le contexte de la norme coutumière dont l'existence est affirmée par le requérant. En effet, l'interdiction de la compétence universelle s'opposerait frontalement au respect des obligations découlant de l'article 1 de la Convention contre le génocide, tel qu'interprété par les sentences attaquées ».

21 Voir l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969).

22 Cf. Christos Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam-New York-Oxford, 1976, p. 73 ss.

De surcroît, il nous semble qu'il faille distinguer le fond de la prohibition du génocide des procédures de mise en oeuvre. L'interdiction du génocide peut paraître non seulement impérative, mais encore immuable.[23] Les compétences concédées pour sa sanction dépendent toutefois de l'organisation générale de la société et peuvent se transformer dans le temps. Une dérogation plus importante sur ce dernier point ne paraît pas devoir être inhibée au même degré que la prohibition matérielle.

On peut noter au passage que la cour pose l'identité de la norme conventionnelle et coutumière (interdisant le génocide) en tant que règles impératives.[24] Dès lors, son raisonnement sur la dérogation, à peine présenté, ne vaut pas uniquement pour la dérogation « coutume / convention », mais aussi pour celle « coutume postérieure / coutume antérieure ». Dans ce dernier cas, l'idée de parallélisme des formes (plutôt que celui du degré de dérogation) s'impose avec encore plus d'évidence.

On remarquera encore que si le droit international coutumier ne peut pas déroger à la Convention pour abaisser le seuil de compétence (dérogation négative: interdiction d'exercer une compétence universelle), la Convention peut ajouter des droits à ceux prévus par le droit coutumier (dérogation positive: devoir d'exercer la compétence au lieu d'une simple faculté).

3. Les principes d'interprétation : prédominance des éléments téléologique et d'efficacité

L'article VI de la Convention contre le génocide, qui a trait à la compétence de répression du crime, ne mentionne pas le principe de l'universalité. Est-ce que cela revient à l'exclure? Comme on l'a vu,[25] la Cour entreprend à cet égard une analyse méticuleuse du texte, du contexte et de l'objet et but de la Convention pour arriver à la conclusion que celle-ci n'a pas pour effet de limiter les titres de compétence que le droit international général reconnaît aux Etats. Le raisonnement de la Cour est fortement axé sur des aspects téléologiques et travaille par un grand nombre d'implications.

---

23 L'on recourt alors non pas à l'idée du *ius cogens*, mais à celle de droit naturel, d'un *ius necessarium*. Le *ius cogens*, en tant que norme positive, peut toujours être modifié. Sur les relations entre *ius cogens* et droit naturel, cf. les quelques remarques dans Robert KOLB, *Théorie du ius cogens international*, Paris, 2001, p. 66-7.

24 Arrêt (*supra*, note 1), p. 78, col. 1, no. 3: "Das Völkermordverbot ist als Vertrags- und Gewonheitsrecht Teil des völkerrechtlichen Ius cogens". En français : « L'interdiction du génocide conventionnelle et coutumière fait partie du *ius cogens* international ».

25 Voir *supra*, I.

La préférence donnée à l'interprétation téléologique et dynamique—méthode d'interprétation reconnue en droit international[26]—ne pose pas de problèmes, notamment quand elle sert à garantir la répression effective de l'un des crimes les plus graves qui soient. Il faut cependant souligner en plus la place accordée à l'interprétation téléologique et d'effet utile (effet le plus utile, effectivité de la répression). C'est un argument fréquent en matière de compétence pénale, mais il est poussé ici vers sa plus grande productivité juridique. Il prend le pas sur les pesanteurs du texte dont le silence paraît à la lumière des travaux préparatoires de 1948 être un silence qualifié, c'est-à-dire excluant la compétence universelle. Le pont entre ces deux branches du raisonnement, le texte et la finalité, est le postulat que les titres de compétence nommés par la Convention n'entendent pas être exhaustifs. L'interprétation vouée à l'effectivité s'engouffre dans cette brèche. En effet, il aurait été étrange que la Convention, dont le but était d'assurer une plus sûre répression, ait eu pour effet, par son adoption, de diminuer les standards de répression en annulant les titres indépendants et/ou préexistants (ou encore à venir) de répression pénale. Le droit coutumier peut ainsi venir compléter les titres de compétence purement conventionnels. Comme les juges l'ont dit en l'affaire *Eichmann* (1961/2), la Convention oblige les parties à des poursuites sur la base de la territorialité mais ne touche pas aux compétences que le droit international général leur accorde par ailleurs pour intenter des poursuites sur d'autres bases juridiques, s'ils le souhaitent.[27] Se maintient ainsi un parallélisme du conventionnel et de l'extra-conventionnel, chacun ayant sa portée.

Les questions d'immunité personnelle sont ici laissés de côté.

---

26 Cf. les affaires du *Sud Ouest africain (Ethiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), Exception préliminaire, Arrêt du 21 décembre 1962*, CIJ RECUEIL 1962, p. 336; l'affaire des *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, Avis consultatif du 21 juin 1971*, CIJ RECUEIL 1971, p. 31-2. C'est particulièrement vrai en matière des droits de l'homme ou du droit humanitaire. Cf. déjà l'affaire *Tyrer v. The United Kingdom*, Requête 5856/72, Arrêt du 25 avril 1978, CEDH, sér. A, no. 26, p. 15-6 et l'affaire *Marckx c. Belgique*, Requête 6833/74, Arrêt du 13 juin 1979, CEDH, sér. A, no. 31, p. 19. Voir sur le sujet Olivier JACOT-GUILLARMOD, *Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, dans: Louis E. PETTITI—Emmanuel DECAUX—Pierre Henri IMBERT (éds.), *La Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire*, Paris, 1995, p. 41 ss. Pour le droit international général, cf. Lassa F. OPPENHEIM, *International Law*, 9 éd., Londres, 1992, p. 1281-2, avec des renvois.

27 Cour suprême d'Israël, INTERNATIONAL LAW REPORTS, vol. 36, p. 304: "Article 6 [of the Genocide Convention] imposes upon the parties contractual obligations with future effect, that is to say, obligations which bind them to prosecute for crimes of genocide which may be committed within their territories in the future. This obligation, however, has nothing to do with the universal *power* vested in every State to prosecute for crimes of this type committed in the past—a power which is based on *customary* international law" (italiques dans l'original). Cf. aussi le jugement du District Court, *ibid.*, p. 34 ss., 36: "Had Article 6 meant to provide that those accused of genocide shall be tried *only* by 'a competent tribunal of the State in the territory of which the act was committed' (or by an 'international court' which has not been constituted), then that article would have foiled the very object of the Convention to prevent genocide and inflict punishment therefor" (italique dans l'original).

III. L'*actus reus* du crime de génocide: les actes autres que la destruction physique directe

1. Est-ce que des actes autres que la destruction physique directe d'individus protégés peuvent tomber sous le coup de l'interdiction du génocide?[28] En l'espèce, il s'agissait notamment du fait de déporter des individus de leurs résidences afin d'aider à réaliser des desseins d'épuration ethnique. La cour répond par l'affirmative à la question énoncée. Elle donne ainsi son parti à une interprétation large de l'*actus reus* du génocide. Des actes tels que la détention dans des conditions inhumaines ; la destruction et le pillage de maisons ; la destruction d'édifices importants pour le groupe protégé ; ou le fait de déporter des membres du groupe de leur lieu de résidence, suffisent pour réaliser le crime s'ils sont couverts par l'élément subjectif propre au génocide, à savoir s'il y a l'intention spécifique d'aboutir à la destruction, en tout ou en partie, du groupe attaqué.[29] On rappellera brièvement les autres constats juridiques de la cour. Premièrement, le crime peut être perpétré aussi dans une région géographique précise à l'exclusion d'autres zones. L'intention de détruire se rapporte alors à une fraction du groupe limitée dans l'espace.[30] Cette intention limitée *ratione loci* est couverte par la clause selon laquelle il suffit de vouloir détruire le groupe "en tout ou en partie".

---

28 Pour la Convention sur le génocide de 1948, cf. OPPENHEIM, *supra* note 26, p. 993-5, avec des renvois. Sur le génocide en général, cf. Hans-Heinrich JESCHECK, *Genocide*, ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, vol. II (E-I) (1995), p. 541-4. William A. SCHABAS, *Article 6, Genocide*, dans: Otto TRIFFTERER (éd.), *Commentary on the Rome Statute of the International Court*, Baden-Baden, 1999, p. 107 ss., avec des renvois. Voir aussi Joe VERHOEVEN, *La spécificité du crime de génocide*, dans: Alain DESTEXHE (éd.), *De Nuremberg à La Haye et Arusha*, Bruxelles, 1997, p. 39 ss. Nadine L.C. THWAITES, *Le concept de génocide dans la jurisprudence du TPIY: avancées et ambiguïtés*, REVUE BELGE DE DROIT INTERNATIONAL, vol. 30, 1997, p. 565 ss.; Matthew LIPPMAN, *The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide: Fifty Years Later*, ARIZONA JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, vol. 15, 1998, p. 415 ss.; Kurt JONASSOHN, *Genocide and Gross Human Rights Violations*, New Brunswick, 1998; Victoria ABELLAN HONRUBIA, *La responsabilité internationale de l'individu*, 280 RECUEIL DES COURS (1999), p. 320 ss.; Rafaëlle MAISON, *Le crime de génocide dans les premiers jugements du Tribunal international pour le Rwanda*, REVUE GÉNÉRALE DE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC, vol. 103, 1999, p. 129 ss.; Johan David VAN DER VYVER, *Prosecution and Punishment of the Crime of Genocide*, FORDHAM INTERNATIONAL LAW JOURNAL, vol. 23, 1999, p. 286 ss.; William A. SCHABAS, *Genocide in International Law*, Cambridge, 2000; Machteld BOOT, *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes*, Schoten, 2002, p. 401 ss.; Giovanni Carlo BRUNO, *Le crime de génocide dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda*, dans: Emanuela FRONZA—Stefano MANACORDA (éds.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc*, Paris-Milan, 2003, p. 94 ss.; Barbara LÜDERS, *L'incrimination de génocide dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda*, dans: Mario CHIAVARIO (éd.), *La justice pénale internationale entre passé et avanir*, Paris-Milan, 2003, p. 223 ss., avec de nombreux renvois. Voir aussi Gunnar HEINSOHN, *Lexikon der Völkermorde*, Reinbek (Hambourg), 1998.

29 Arrêt (*supra*, note 1), p. 78, col. 2, point 4: "Als möglicherweise selbständige weitere Mittel werden genannt Inhaftierung unter unmenschlichen Bedingungen, Zerstörung und Plünderung von Häusern und für die Gruppe wichtigen Gebäuden sowie Vertreibung von Gruppenangehörigen". En français : « Sont mentionnés comme d'autres moyens autonomes la détention dans des conditions inhumaines, la destruction et la pillage d'habitations et d'édifices importants pour le groupe ainsi que la déportation de membres du groupe ».

30 *Ibid.*, p. 79, col. 1, point 4, cc: "[Die Gerichte durften annehmen] dass sich die Absicht der Zerstörung auch auf einen geographisch begrenzten Teil der Gruppe beziehen kann". En français:

Deuxièmement, l'intention spécifique de détruire peut être déduite de certains faits comme par exemple la doctrine politique de l'accusé ainsi que ses prises de position ou ses plans.[31] En l'espèce, le requérant s'était commis à la politique d'épuration ethnique. Au vu de ce qui précède, la condamnation pour génocide ne saurait selon la Cour prêter à contestation.

2. Cette construction du crime correspond à la jurisprudence des deux tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda.[32] Elle n'est cependant pas sans importance si l'on songe au fait qu'une partie de la doctrine ou de délégués gouvernementaux tendent à vouloir circonscrire plus étroitement l'*actus reus* du génocide, le limitant à des actes qui ont directement trait à la destruction physique d'un nombre important d'individus du groupe protégé.[33] Dès lors, le fait que la pratique étatique, par le truchement des tribunaux internes, se range progressivement à une interprétation large est un fait non négligeable. L'article 6 du Statut de Rome pour une Cour pénale internationale (1998) porte également la trace de cette configuration plus large du crime.[34] La jurisprudence internationale elle-même y a fait écho. Dans l'affaire *Kayishema et Ruzindana* (1999), le TPIR a dit que les actes perpétrés ne doivent pas nécessairement avoir pour effet (immédiat) de détruire physiquement le groupe. Le viol utilisé à des fins d'intimidation et d'autres actes, qui ne causent pas la mort,

---

[Les tribunaux pouvaient supposer] que l'intention de détruire peut se borner à une fraction géographiquement limitée du groupe ».

31 *Ibid.*, p. 80, col. 1, point 4, b, bb: "Die Strafgerichte für das ehemalige Jugoslawien und für Ruanda haben übereinstimmend festgestellt, dass die Absicht, eine geschützte Gruppe zu zerstören, aus bestimmnten Tatsachen abgeleitet werden kann. (. . .). Dazu gehören die politische Doktrin, die den tatbestandlichen Handlungen zu Grunde liegt. Die Absicht könne sich auch aus solchen Handlungen ergeben, die nicht Tathandlungen des Völkermordes seien, aber als Teil des Angriffsmusters begangen würden. Daher könne sich die Absicht auch aus politischen Reden und Plänen, der massiven Wirkung und ihrer spezifisch auf die auf die Lebensgrundlagen der Gruppe gerichteten Zielrichtung ergeben. (. . .) Ferner zeigten die Methoden der Politik der ethnischen Säuberung die Zerstörungsabsicht an". En français: « Les tribunaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda ont constaté de manière concordante que l'intention de détruire un groupe protégé peut se déduire de certaines circonstances de fait. (. . .). Parmi celles-ci il y a la doctrine politique qui forme la base des actes incriminés. L'intention pourrait se déduire aussi de certains actes qui ne sont pas expressément prohibés mais qui sont perpétrés en tant que partie d'un plan général d'attaque. C'est la raison pour laquelle, l'intention pourrait se déduire de discours politiques et de plans, de leur effet massif, et de leur concentration spécifique sur les bases de subsistance du groupe. De plus, les méthodes de la politique de l'épuration ethnique manifestent clairement l'intention de destruction ».

32 Sur cette jurisprudence, cf. entre autres Robert KOLB, *The Jurisprudence of the Yugoslav and Rwandan Criminal Tribunals on Their Jurisdiction and on International Crimes*, BRITISH YEAR BOOK OF INTERNATIONAL LAW, vol. 71, 2000, p. 285 ss.

33 Cf. l'arrêt (*supra*, note 1), p. 79, col. 2, aa. Cf. aussi les indications dans SCHABAS, *supra* note 28, p. 109 ss. Sur certaines tendances à un élargissement excessif du crime, cf. Joe VERHOEVEN, *Le crime de génocide. Originalité et ambiguïté*, REVUE BELGE DE DROIT INTERNATIONAL, vol. 24, 1991, p. 5 ss.

34 Sur cet article, cf. SCHABAS, *supra* note 28, p. 107 ss.

sont couverts.[35] Ces autres actes ne causant pas la mort avaient été serrés de plus près dans l'affaire *Akayesu* (1998). Le TPIR y envisage des actes tels que ceux visant à créer des conditions de vie susceptibles de mener à l'extinction du groupe à moyen ou long terme (parmi ceux-ci aussi l'expulsion systématique des maisons) ; ceux se servant de l'intimidation ou de la ségrégation sexuelles afin d'entraver des naissances au sein du groupe ; et même le viol aux fins de l'enfantement, si l'ethnie des enfants se détermine d'après celle du père et qu'il s'agit ainsi d'empêcher la naissance d'enfants attribués par la société au groupe persécuté.[36] Plus récemment, cette jurisprudence a encore été confirmée. Dans l'affaire *Kristic* (2004),[37] le TPIY a estimé, en appel, que la déportation de membres du groupe pouvait relever du génocide si le transfert physique a pour but et pour effet de détruire, localement, le groupe en cause ; en effet, une déportation complète ne permet plus au groupe de se reconstituer dans la région concernée.[38] En revanche, la chambre d'appel endosse le constat de la chambre de première instance selon lequel que le génocide suppose la destruction, l'élimination, du groupe en tant que tel, et qu'il ne suffit dès lors pas de s'attaquer à ses attributs culturels ou sociologiques.[39] Dans cette affaire, la déportation avait eu lieu parallèlement à des massacres. Mais le raisonnement du TPIY semble être général : la déportation seule peut parfaitement constituer un génocide si elle constitue le moyen choisi par l'accusé pour éliminer le groupe protégé dans la région en cause.

La jurisprudence internationale avait aussi insisté sur le fait que le génocide peut être perpétré à l'égard seulement d'une partie du groupe, à condition qu'elle soit importante, en nombre ou en importance représentative;[40] et que le génocide peut également être limité à une aire géographique particulière.[41] Quant à l'importance de la fraction du groupe attaqué, le TPIY souligne qu'elle peut être analysée sous l'angle quantitatif ou qualitatif. L'attaque peut être importante si elle vise un grand nombre de personnes ou si elle vise une fraction représentative du groupe, par

35 *Kayishema et Ruzindana, supra* note 18, § 95. Les jugements du TPIR et du TPIY peuvent être consultés sur les sites internet des tribunaux auxquels renvoie le site de l'Organisations des Nations Unies (<http://www.un.org>).

36 *Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu*, Affaire no. ICTR-96-4, Arrêt du 2 septembre 1998 de la Chambre de première instance du TPIR, § 500 ss. Cfr. aussi l'affaire *Kayishema et Ruzindana, supra* note 18, § 100 ss. et l'affaire *Le Procureur c. Georges Rutaganda*, Affaire no. ICTR-96-3, Arrêt du 6 décembre 1999, Chambre de première instance du TPIR, § 2.2.

37 *Le Procureur c. Radislav Krstic*, Affaire no. IT-98-33-A, Arrêt du 19 avril 2004, Chambre d'appel, § 21 ss. Voir déjà l'Arrêt du 2 août 2001, § 581 ss.

38 Au § 31 de l'arrêt de 2004. La région ici en cause était celle de Srebenica.

39 Au § 25 (*ibid.*).

40 *Le Procureur c. Goran Jelisic*, Affaire no. IT-95-10, Arrêt du 14 décembre 1999 de la Chambre de première instance du TPIY, § 78 ss. L'application de ces préceptes à l'espèce paraît cependant poser quelques problèmes: § 88 ss. Voir aussi l'affaire *Kristic* (2004), *supra* note 37, § 8 ss., particulièrement 12.

41 *Ibid.*, affaire *Jelisic* ; *Kristic*.

exemple ses dirigeants ou ses élites, cherchant ainsi à le décapiter. Le TPIY ajoute à cela que le génocide peut être perpétré dans une zone géographiquement réduite, en l'espèce dans celle de Brcko (affaire *Jelisic*) ou celle de Srebenica (affaire *Kristic*). Enfin, la jurisprudence a aussi mis en évidence que l'intention spécifique propre au génocide peut être déduite de certaines circonstances de fait telles que le choix des victimes; le contexte des actes; l'ampleur des atrocités; la doctrine politique, les discours ou les plans de l'accusé; etc. On peut rappeler sous ce chef les passages dans les affaires *Akayesu* (1998),[42] *Kayishema* (1999)[43] ou *Rutaganda* (1999);[44] et, après l'arrêt de la cour constitutionnelle ici analysé, dans l'affaire *Kristic* (2004).[45] Ce bref précis de jurisprudence montre que la construction de la Cour constitutionnelle allemande s'insère dans l'édifice prétorien établi par les juridictions internationales et le renforce.

On peut noter, de manière générale, que le crime de génocide se trouve dominé toujours davantage par l'élément subjectif alors que l'élément matériel se relativise. L'acte tend à être couvert du moment où il est motivé par l'intention de détruire le groupe. Ainsi l'élément matériel perd en spécificité, alors qu'il va parallèlement en s'élargissant. Le génocide devient ainsi de plus en plus un *Gesinnungsdelikt*. Cela comporte des dangers d'un élargissement excessif du crime et demande une certaine vigilance judiciaire. En droit pénal, ce sont avant tout les actes qui sont punis ; pas des manières de penser, fussent-elles délétères.

IV. Conclusion

L'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande se présente comme un maillon supplémentaire dans la chaîne toujours plus dense des précédents du droit pénal international. Arrêt bref et concentré, mais néanmoins soigneusement motivé, il intègre des tendances très diverses où confluent des doctrines traditionnelles, revêtues d'un vêtement nouveau (le principe

42 Arrêt du 2 septembre 1998 de la Chambre de première instance, *supra* note 36, § 523. Le TPIR parle ici même d'une présomption mixte juridique et factuelle à partir de certains faits: ". . . [the] intent can be inferred from a certain number of presumptions of fact". Cela paraît cependant aller trop loin, car aucune présomption défavorable à l'accusé ne peut être tirée *a priori*, sauf s'il y a une disposition spécifique qui l'exige. C'est le cas, en droit interne, dans le cadre de délits contre l'honneur d'autrui. Il y a là parfois un renversement de la charge de la preuve: *in dubio contra reum*.

43 Arrêt du 21 mai 1999 de la Chambre de première instance, *supra* note 18, § 93.

44 Arrêt du 6 décembre 1999 de la Chambre de première instance, *supra* note 36, § 2.2, à la fin (avant le § 2.3).

45 Voir *supra*, note 37, aux § 34-5 (arrêt de 2004).

du *Lotus*), et des constructions hardies d'un intérêt certain (l'aspect du *ius cogens* ; l'interprétation dynamique). Si quelques échafaudages juridiques semblent peut-être un peu compliqués, l'arrêt gagne à être lu, car il s'y concentre en peu de place une grande richesse d'argumentations intéressantes.

ROBERT KOLB*

* Professeur de droit international aux Universités de Neuchâtel, Berne et Genève (Centre universitaire de droit international humanitaire).