



Article scientifique

Article

2002

Published version

Open Access

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

Le génocide rwandais, la justice militaire suisse et le droit international

Sassòli, Marco

How to cite

SASSÒLI, Marco. Le génocide rwandais, la justice militaire suisse et le droit international. In: Revue suisse de droit international et de droit européen, 2002, n° 2, p. 151–178.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:45887>

Le génocide rwandais, la justice militaire suisse et le droit international

par Marco Sassòli*

Sommaire

I. Introduction

II. Les faits

A. Résumé des faits et de la procédure

B. Difficultés d'établir les faits

III. Compétence

A. Compétence de la Suisse à juger les actes reprochés en tant que violations du droit international humanitaire?

1. Le droit international

2. Le droit suisse

a) Dispositions pénales

b) Terminologie

c) Précision de la loi pénale

d) Compétence des tribunaux militaires

e) Compétence en matière de conflits armés non internationaux

B. Compétence de la Suisse à juger les actes reprochés à titre de génocide ou de crimes contre l'humanité?

C. Compétence de la Suisse à juger les actes reprochés en tant que crimes de droit commun?

IV. Les actes reprochés violaient-ils le droit international humanitaire?

A. La qualification de la situation au Rwanda

B. Qui est protégé par le droit international humanitaire?

C. L'accusé était-il destinataire du droit international humanitaire?

D. La violation des devoirs de bourgmestre

V. Fixation de la peine

VI. Conclusion

* Professeur de droit international public à l'Université du Québec à Montréal, Canada. Je remercie mon assistante de recherche, Mme Geneviève Dufour, d'avoir révisé un premier projet de cet article.

I. INTRODUCTION

Le droit international pénal a fait d'énormes progrès au cours des dix dernières années. Les récents développements relatifs à sa mise en œuvre en témoignent particulièrement. Des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* ont été constitués pour l'ex-Yougoslavie (le TPIY)¹ et le Rwanda (le TPIR).² Le Statut de la Cour pénale internationale (CPI) fut adopté à Rome en 1998³ et il devrait être entré en vigueur au moment où ces lignes paraîtront.⁴ Des progrès ont également été faits en ce qui concerne la mise en œuvre du droit international pénal par les juridictions nationales. En effet, qui aurait cru, il y a dix ans, que des tribunaux suisses jugeraient certains des crimes de guerre commis au Rwanda et en ex-Yougoslavie? Cet aspect national du progrès paraît peut-être plus intéressant encore que les progrès faits au niveau international, puisqu'il s'est produit sans que le droit applicable n'ait changé. En effet, nous le verrons, le droit international oblige les États à poursuivre les crimes de guerre selon le principe de la compétence universelle et ce depuis 1949. En Suisse, la mise en œuvre de cette obligation fut instaurée en 1967. Pourtant, il a fallu attendre plus de vingt-cinq ans avant de voir la Suisse tenter des poursuites pour crimes de guerre commis par des étrangers à l'extérieur de ses frontières. Ailleurs, le constat est le même. À l'exception d'un certain nombre d'affaires liées à la seconde guerre mondiale, le principe de la compétence universelle était resté lettre morte. Pourtant et bien malheureusement, ce n'était pas le manque de présumés criminels de guerre, en territoire suisse, qui peut justifier l'utilisation tardive de la compétence universelle.

¹ Cf. Résolution 827 (1993) du 25 mai 1993 du Conseil de sécurité, approuvant le *Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité*, Document S/25708 du 3 mai 1993, qui contient le Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY).

² Cf. Résolution 955 (1994) du 8 novembre 1994 du Conseil de sécurité contenant le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TRIR).

³ Cf. Statut de Rome de la Cour pénale internationale, FF 2001 561, adopté le 17 juillet 1998 par la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour criminelle internationale.

⁴ Le 1 avril 2002, 56 des 60 États nécessaires pour une entrée en vigueur étaient parties à ce traité.

Bien que le lien juridique entre les deux phénomènes n'existe pas nécessairement, c'est la création des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* qui a poussé les États à se soucier davantage de leur obligation de poursuivre les criminels de guerre. Nous le verrons, cette dernière obligation s'applique à tous les contextes où des crimes internationaux sont commis. Pourtant, les États, y compris la Suisse, se sont contentés de poursuivre les auteurs ayant commis des crimes dans les cas de la deuxième guerre mondiale, de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda.⁵ Or, personne ne pourrait nier que des poursuites auraient tout aussi bien pu être intentées contre des Israéliens⁶, des Palestiniens, des Iraquiens, des Congolais⁷, des Soudanais, des Afghans, des Russes, des Tchétchènes, des Turcs, des Kurdes, des Sri Lankais et des Tamouls en relation avec les conflits sévissant dans ces pays. Certes, la Cour internationale de justice (CIJ) a récemment décidé que les immunités prévues par le droit international n'impliquent aucune exception en cas de poursuites pour des crimes internationaux.⁸ Plusieurs juges ont à cette occasion estimé que la compétence universelle s'appliquait uniquement au cas où l'auteur présumé se trouverait sur le territoire de l'État poursuivant.⁹ Même si on accepte ces restrictions,

⁵ Une exception à cette tendance est constituée par les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet, qui se fondaient toutefois exclusivement sur le droit anglais et la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (RS 0.353.1). Voir à cet effet Michel COSNARD, *Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet*, RGDIP 103 (1999), pp. 320-323.

⁶ Une rescapée du massacre du camp palestinien de Chatila en 1982 essaye toutefois de faire inculper le Premier ministre israélien Ariel Sharon pour crimes contre l'humanité devant la justice belge (Cf. *Le Soir*, Bruxelles, du 7 juin 2001 et *La BBC relance la question de la responsabilité d'Ariel Sharon dans les massacres de Sabra et Chatila*, *Le Monde* du 19 juin 2001).

⁷ Voir toutefois la poursuite pénale intentée par la Belgique qui a été jugée contraire au droit international en matière d'immunités dans l'affaire citée *infra*, n. 8.

⁸ Voir Cour internationale de Justice, *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Arrêt du 14 février 2002, en ligne : < <http://www.icj-cij.org/cijwww/cdoocket/cCOBE/cCOBEframe.htm> > (date d'accès : 26 février 2002).

⁹ Voir *ibid.*, Opinion individuelle GUILLAUME, paras 9 et 12; Opinion individuelle conjointe HIGGINS, KOOIJMANS et BUERGENTHAL, para. 57; Opinion individuelle REZEK, paras 7 et 10.

plusieurs présumés criminels internationaux non couverts par des immunités¹⁰ se trouvant, ne serait-ce qu'en tant que touristes en Suisse ou dans d'autres États tiers, n'ont pas été poursuivis. Dès lors, faut-il en conclure que malgré les discours concernant le principe de la compétence universelle, les États ne sont pas encore prêts à prendre les risques politiques et diplomatiques liés à une poursuite pour crimes internationaux commis à l'étranger ? Faut-il la création d'un tribunal international pour que les États se sentent sensibilisés ?

En Suisse, nous avons connu, ces dix dernières années, deux cas majeurs de poursuites pour crimes internationaux commis en ex-Yougoslavie et au Rwanda. Il s'agit de cas dont ni le TPIY, ni le TPIR ne voulait se saisir : l'affaire G. dans laquelle un serbe d'ex-Yougoslavie a été finalement acquitté faute de preuve¹¹ et l'affaire de Fulgence Niyonteze,¹² dans laquelle un rwandais a été condamné à quatorze ans de réclusion pour des crimes commis au Rwanda en 1994.¹³

Cet article sera l'occasion de commenter les décisions relatives à l'affaire Niyonteze: le jugement du Tribunal de division 2 du 30 avril 1999¹⁴, le jugement du Tribunal militaire d'appel 1A du 26 mai 2000¹⁵ et l'arrêt du Tribunal militaire de cassation du 27 avril

¹⁰ Notons qu'un passage de l'arrêt de la CIJ (*supra*, n. 8, para. 61) peut être interprété comme impliquant *a contrario* que même un ancien titulaire d'une immunité ne peut pas être poursuivi devant un tribunal d'un pays tiers au titre d'actes accomplis pendant son mandat *et* dans l'exercice de ses fonctions.

¹¹ Voir le jugement du Tribunal militaire de division 1 du 18 avril 1997, disponible avec l'arrêt du Tribunal militaire de cassation y relatif, sur le site <http://www.vbs.admin.ch/internet/GST/KVR/f/index.htm> et partiellement traduit en anglais et discuté dans Marco SASSÒLI/Antoine BOUVIER, *How Does Law Protect in War?* Genève 1999, p. 1255-1263.

¹² Voir sur cette affaire également Luc REYDAMS, *International Decisions, Niyonteze v. Public Prosecutor*, *American Journal of International Law* 96 (2002), pp. 231-236. Bien que le nom de l'accusé ne figure pas dans les arrêts, nous nous permettons de le révéler comme l'ont fait l'auteur précité et le Conseil fédéral dans son Message relatif au Statut de Rome de la CPI du 15 novembre 2000, FF 2001 487, n. 270.

¹³ Voir également ATF 123 II 175, concernant le transfert, au TPIR, d'un Rwandais qui était dans un premier temps poursuivi par la justice militaire suisse.

¹⁴ Extraits rendus publics par le Préposé à l'information de la Justice militaire suisse.

¹⁵ Non publié, mis à disposition de l'auteur par l'office de l'Auditeur en chef.

2001¹⁶. Cette analyse nous permettra de situer ces décisions du point de vue du droit international pénal et du droit international humanitaire, en relation avec le droit suisse.

II. LES FAITS

A. Résumé des faits et de la procédure

M. Fulgence Niyonteze est un citoyen rwandais, né en 1964. En avril 1993, il occupait les fonctions de bourgmestre de la commune de Mushubati. En 1994, il quittait le Rwanda pour suivre un cours de perfectionnement professionnel en France. Pendant son absence, le génocide rwandais, qui devait coûter la vie à plus d'un demi-million de personnes, débuta suite à la chute de l'avion du Président rwandais Habyarimana. Au même moment, un conflit armé se déroulait au Rwanda entre le Front patriotique rwandais (FPR) formé de Tutsis exilés en Ouganda et le gouvernement rwandais à majorité hutue. Au cours du conflit, les forces armées du FPR réussirent à contrôler la majorité du territoire rwandais. M. Niyonteze revint au sein de sa commune alors que les massacres de Tutsis à grande échelle avaient déjà été perpétrés. Il reprit ses fonctions jusqu'à l'arrivée des forces armées du FPR. Peu après, il gagna la Suisse rejoignant sa famille qui s'y était déjà réfugiée pendant le conflit. L'asile lui fut accordé au mois de mai 1995. Peut-être pouvons nous nous étonner de la rapidité de cette décision mais, pour l'heure, nous n'en connaissons pas les éléments. En 1996, M. Niyonteze fut dénoncé par des compatriotes l'accusant d'avoir participé au génocide. Une enquête pénale militaire fut ouverte et il fut arrêté et placé en détention préventive le 28 août 1996. Le 30 avril 1999, le Tribunal de division 2 le condamna en première instance à la réclusion à vie pour assassinat, incitation à l'assassinat et infractions graves aux conventions internationales sur la conduite de la guerre.

Le tribunal de division a retenu les faits suivants contre l'accusé. Constatant que sa commune n'était pas bien notée, par le pouvoir, en raison des nombreux Tutsis et Hutus modérés y ayant survécu, M. Niyonteze convoqua une partie de la population sur le Mont

¹⁶ Texte de l'arrêt disponible sur le site <http://www.vbs.admin.ch/internet/OA/f/index.htm>

Mushubati et l'exhorta à « débroussailler » le terrain des Tutsis et des Hutus modérés qui y vivaient. Suite à cela, au moins trois personnes furent tuées. L'accusé avait en outre incité certains Tutsis et Hutus modérés réfugiés au camp de Kabgayi à regagner la commune. Son objectif était de les faire assassiner. Il ordonna à des militaires l'accompagnant de tuer deux de ces réfugiés. Le Tribunal de division n'a toutefois pas retenu le chef d'accusation relatif au fait que l'accusé n'avait pris aucune mesure pour empêcher les massacres.

Le 26 mai 2000, le Tribunal militaire d'appel 1A admit partiellement l'appel de M. Niyonteze. Il l'acquitta de l'accusation d'assassinat mais le reconnut coupable de violations des lois de la guerre, réduisant ainsi la peine à quatorze ans de réclusion. Il retint contre lui les mêmes faits que le Tribunal de division, sauf qu'il ne l'impliqua que dans le cas de deux des trois meurtres survenus après son discours sur le Mont Mushubati.

M. Niyonteze s'est alors pourvu contre cet arrêt en cassation se plaignant de vices de procédure et d'une violation des dispositions de la loi pénale. L'auditeur représentant l'accusation dans la procédure pénale militaire s'est quant à lui attaqué à l'appréciation des preuves conduisant à ne pas attribuer la troisième mort à l'accusé ainsi qu'à la mesure de la peine de réclusion. Finalement, par un arrêt du 27 avril 2001, le Tribunal militaire de cassation a rejeté le pourvoi de l'auditeur et a admis le pourvoi du condamné sur un point secondaire : le Tribunal d'appel n'avait pas examiné si l'expulsion prononcée à l'égard de M. Niyonteze pouvait être assortie d'un sursis.¹⁷

B. Difficultés d'établir les faits

¹⁷ L'expulsion elle-même était admissible, malgré que M. Niyonteze soit un réfugié au sens du droit suisse et de la Convention relative au statut des réfugiés (RS 0.142.30). Le Tribunal a laissé ouverte la question de savoir si l'accusé bénéficiait de la protection de la Convention malgré l'art. 1 (F) (a) de celle-ci qui en prive ceux qui ont commis un crime de guerre ou contre l'humanité. En effet, vu la gravité des crimes, l'expulsion pouvait être justifiée par des raisons d'ordre public, admises par l'art. 32 (1) de la Convention.

En raison du désordre qu'entraîne tout conflit armé et du fait des particularités de la situation au Rwanda, aucun document n'a pu établir les faits reprochés à l'accusé. Les tribunaux durent se contenter d'un ouvrage historique pour comprendre le contexte historique, politique et culturel des événements au Rwanda en 1994.¹⁸ Le Tribunal militaire de cassation souligna d'ailleurs que cet ouvrage, dans lequel ni l'accusé ni le déroulement des massacres dans la commune de Mushubati n'étaient mentionnés, ne pouvait pas constituer une preuve mais représentait une source documentaire importante et indiscutée pour le juge suisse chargé d'apprécier les témoignages.

Le Tribunal de division procéda à une inspection locale, qui lui permit de visualiser les lieux comme le Mont Mushubati, de se familiariser avec le Rwanda et également, dans une certaine mesure, avec la mentalité de ses habitants. Il dut toutefois admettre que cette inspection n'était, à elle seule, ni apte à accréditer la thèse de l'accusation ni celle de la défense en raison de l'ancienneté des faits.

L'audition des témoins constitua donc l'essentiel de la procédure probatoire. Le Tribunal de division y procéda en partie au Rwanda. La défense fut invitée à participer à ce déplacement au Rwanda, mais elle refusa. Vingt-trois témoins furent invités en Suisse, ce qui impliqua des efforts financiers et logistiques considérables pour les transporter, les loger et les protéger. Par ailleurs, le Tribunal militaire d'appel rejeta une demande de visite supplémentaire des lieux - incluant l'audition de soixante-cinq témoins - puisqu'elle n'était pas suffisamment circonstanciée.

Nous le savons, la preuve testimoniale est par sa nature imparfaite et imprécise. Elle doit être considérée comme particulièrement peu fiable en cas de poursuites pour crimes de guerre à l'étranger en raison de l'ancienneté des faits, des traumatismes vécus par les témoins, de leur crainte de représailles ou de leur esprit de vengeance.¹⁹ Aussi, une partie

¹⁸ Cf., en particulier, Alison DES FORGES (édit.), *Aucun témoin ne doit survivre, Le génocide au Rwanda*, Human Rights Watch et Fédération internationale des Ligues des droits de l'homme, Paris 1999.

¹⁹ Cf. sur ces difficultés en général Jürg VAN WIJNKOOP, « À propos de la poursuite en Suisse de personnes soupçonnées d'avoir commis des crimes de guerre », in : Cristina PELLANDINI (édit.),

des témoignages ont dû être traduits. En outre, les juges ont eu à prendre en considération une culture très différente et à s'habituer à un langage particulièrement imagé. Pour ces motifs, le Tribunal de division a admis qu'il devait être « particulièrement critique et vigilant dans l'appréciation des déclarations. » Il a toutefois constaté « la grande sincérité et honnêteté des témoins [...] ainsi que leur absence d'esprit de vengeance ». Quant à l'existence, malheureusement avérée de syndicats de délateurs, le tribunal eut raison de croire que ce facteur ne pouvait pas permettre de conclure que les témoignages entendus étaient mensongers. Les imprécisions concernaient surtout les évaluations chiffrées et les dates et on peut considérer que les traumatismes et le niveau de formation des témoins explique, en partie, cette situation. Le Tribunal de division décida donc, à juste titre, de ne pas écarter l'intégralité d'un témoignage en raison de certaines imprécisions ou contradictions. Qu'il nous soit permis de souhaiter que pareil raisonnement saura, un jour, guider les autorités compétentes en matière d'asile.

Le Tribunal militaire d'appel suivit entièrement l'appréciation des juges de première instance. Le Tribunal militaire de cassation écrit à ce propos:

[L]e Tribunal d'appel a tenu compte de la situation particulière des témoins qui ont vécu les événements sanglants du printemps 1994 au Rwanda, qui ont souvent perdu des proches, qui ont subi des traumatismes, qui sont parfois illettrés ou ne connaissent pas le calendrier. Ces circonstances ne sont pas usuelles pour les tribunaux suisses [...] Les organes de la justice suisse ont fait en sorte d'être à même d'apprécier la fiabilité des témoignages dans ce contexte particulier: les juges d'instruction et les juges de première instance se sont rendus au Rwanda, ont entendu (au Rwanda et en Suisse) de nombreux témoins des événements de 1994 ainsi que des journalistes et des spécialistes de l'histoire contemporaine ou de la culture de ce pays.

Par la nature des choses, l'identité de la plupart des personnes tuées à l'instigation du bourgmestre n'était pas connue. À juste titre, le Tribunal militaire de cassation a écrit à ce

Répression nationale des violations du droit international humanitaire (systèmes romano-germaniques) : rapport de la réunion d'experts, Genève, 23-25 septembre 1997, CICR, Genève 1998, pp. 208-210.

propos qu'en droit suisse « [u]ne poursuite pénale pour violations des lois de la guerre n'implique pas en soi la mention précise de l'identité des victimes. »²⁰

III. COMPÉTENCE

IV. Compétence de la Suisse à juger les actes reprochés en tant que violations du droit international humanitaire?

1. Le droit international

Les Conventions de Genève de 1949²¹ et leur Protocole additionnel I²² prévoient une obligation pour les parties contractantes de fixer dans leurs législations des sanctions pénales adéquates pour tous ceux qui commettent des infractions graves.²³ Le principe de l'universalité aussi appelé principe de la compétence universelle s'applique en cas de telles infractions.²⁴ Chaque État doit poursuivre les individus soupçonnés d'infractions graves, peu importe leur nationalité, la nationalité des victimes ou le lieu de la commission du crime. Les États doivent déférer les accusés à leurs propres tribunaux ou, s'ils le préfèrent, les extradier à une Partie décidée à poursuivre les procédures.²⁵ Le texte des dispositions ne précise pas que le présumé coupable doit se trouver sur le territoire de

²⁰ Le Tribunal de division avait toutefois considéré qu'une condamnation pour assassinat ne pouvait qu'être prononcée en rapport avec des victimes précises dont l'identité et les circonstances de la mort sont connues. Cette restriction pourrait être liée aux éléments constitutifs spécifiques de l'assassinat.

²¹ Cf. Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, du 12 août 1949 (Ie Convention, RS 0.518.12); Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, du 12 août 1949 (Iie Convention, RS 0.518.23); Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, du 12 août 1949 (IIIe Convention, RS 0.518.42); Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949 (IVe Convention, RS 0.518.51).

²² Cf. Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I, RS 0.518.521), du 8 juin 1977.

²³ Cf. art. 50/51/130 et 147, respectivement, des quatre Conventions et art. 11 (4), 85 et 86 du Protocole I.

²⁴ Cf. sur ce principe en particulier Marc HENZELIN, *Le principe de l'universalité en droit pénal international*, Genève 2000, en particulier pp. 351-370 en relation avec le droit international humanitaire.

²⁵ Cf. art. 49/50/129 et 146, respectivement, des quatre Conventions et art. 85 (1) du Protocole I.

l'État poursuivant. Cependant, à notre avis, plusieurs raisons militent en faveur de limiter l'application de la compétence universelle à cette situation.²⁶

Selon la lettre et l'esprit des traités, ce concept d' « infraction grave » ne s'étend pas aux conflits armés de type non international.²⁷ Il ne s'applique donc pas aux violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et au Protocole additionnel II de 1977²⁸. Premièrement, comme pour tous les articles des Conventions autres que l'article 3 commun, le domaine d'application des dispositions relatives aux infractions graves est limité par l'article 2 commun aux Conventions aux conflits armés internationaux. Deuxièmement, sont considérés comme étant des infractions graves, les actes « commis contre des personnes ou des biens protégés par la Convention ».²⁹ Or, la notion de « personne protégée » est un terme technique défini dans chaque Convention. Ainsi, par exemple, l'article 4 de la IV^e Convention définit comme personnes protégées ceux qui « se trouvent, en cas de conflit [...] au pouvoir d'une Partie au conflit [...] dont elles ne sont pas ressortissantes ».³⁰ Cette situation se présente typiquement dans les conflits armés internationaux. Troisièmement, les Conventions qualifient d'infractions graves certains actes qui sont dirigés contre des personnes protégées mais les mêmes actes ne sont pas interdits si un État les commet à l'encontre de ses propres citoyens. Ainsi la III^e et la IV^e Convention qualifient d'infraction grave le fait de contraindre une personne protégée à servir dans les forces armées de la puissance ennemie.³¹ Dans les conflits

²⁶ Voir *supra*, n. 9

²⁷ Cf. la décision de la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire Tadic, compétence, du 2 octobre 1995, paras. 79-84.

²⁸ Cf. Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), du 8 juin 1977 (RS 0.518.522).

²⁹ Cf. les art. 50/51/130 et 147, respectivement, des quatre Conventions.

³⁰ Cette notion de personne protégée a toutefois été réinterprétée par la Chambre d'appel du TPIY dans son jugement du 15 juillet 1999 dans l'affaire « The Prosecutor v. Tadic », paras 164-169, en ligne : Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugements-f.htm>> (date d'accès : 2 décembre 2001). Voir à cet égard notre critique dans Marco SASSÒLI/Laura OLSON, *The decision of the ICTY Appeals Chamber in the Tadic Case: New Horizons for International Humanitarian and Criminal Law?*, Revue internationale de la Croix-Rouge No. 839 (2000), pp. 743/744.

³¹ Cf. art. 130 de la III^e Convention et 147 de la IV^e Convention.

internes, les civils sont certes protégés par le droit international humanitaire. Cependant, « leur » propre État national peut les forcer à servir dans les forces armées.

Le Tribunal militaire d'appel n'a apparemment pas partagé cette interprétation. En effet, tout en qualifiant le conflit de non international, il a condamné M. Niyonteze en se fondant, entre autres, sur les articles 146 et 147 de la IV^e Convention. L'Auditeur l'avait d'ailleurs accusé d'avoir enfreint un nombre considérable de dispositions de la I^e, III^e et IV^e Convention autres que leur article 3 commun. Quant au Tribunal militaire de cassation, il a estimé que la référence aux articles 146 et 147 de la IV^e Convention était erronée, non pas en raison de la qualification du conflit, mais parce que ces dispositions ne contenaient pas de règle directement applicable aux hostilités et prévoyaient plutôt des obligations à la charge des Parties contractantes en matière d'adoption d'une législation.³²

Il importe toutefois de mentionner que le fait que les violations du droit des conflits armés non internationaux ne tombent pas sous les dispositions des Conventions relatives aux infractions graves, ne signifie pas qu'il n'y ait pas de règle de droit coutumier obligeant des États tiers - ou leur permettant tout au moins - de poursuivre de telles violations en tant que crimes de guerre selon le droit coutumier. Le TPIY arrive, après une revue de certains cas de la pratique des États, à la conclusion que le droit international coutumier classe certaines violations sérieuses du droit des conflits armés non internationaux parmi les crimes de guerre.³³ Le TPIR a aussi suivi cette approche.³⁴

³² Il nous semble correct d'affirmer que ce ne sont pas ces dispositions, mais les règles de comportement pénalisées par celles-ci qui s'adressent aux individus. Il est également vrai que ces dispositions ne sont pas « self-executing ». Elles ne permettraient pas à elles seules des poursuites pénales, ne serait-ce parce qu'elles ne fixent pas la peine. Des poursuites violeraient donc le principe « *nulla poena sine lege* ». Ces dispositions peuvent, en revanche, s'appliquer directement pour fonder, dans un système moniste comme le suisse, une compétence universelle de juridiction à l'encontre de criminels de guerre.

³³ Cf. l'arrêt *Tadic, compétence* (*supra*, n. 24), paras. 128 – 134, et, pour un commentaire légèrement sceptique à l'égard de cette jurisprudence, Marco SASSÒLI, *La première décision de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie: Tadic (compétence)*, *Revue générale de droit international public* 100 (1996), pp. 128-130.

Ainsi, à notre avis, bien qu'on ne puisse pas encore conclure, en raison de l'état actuel du droit coutumier et plus particulièrement de la pratique des États, qu'il existe une compétence de juridiction universelle obligatoire pour des violations sérieuses du droit des conflits armés internes, la pratique internationale précitée permet à tout le moins de conclure que les États ont la faculté de prévoir une telle compétence.³⁵

2. Le droit suisse

a) Dispositions pénales

Le chapitre VI du Code pénal militaire (CPM) est intitulé : « infractions commises contre le droit des gens en cas de conflit armé ».³⁶ Ce chapitre crée des infractions pour certaines violations particulières du droit international humanitaire. Par exemple, on y retrouve l'abus d'un emblème de la croix rouge ou du croissant rouge (article 110), des actes d'hostilité contre des personnes et des biens protégés par cet emblème ou l'écusson des biens culturels (article 111), des actes d'hostilité contre un ennemi hors de combat ou mort (article 112), la rupture d'un armistice ou de la paix (article 113) et les infractions contre un parlementaire (article 114). Ce chapitre contient aussi une clause générale qu'on retrouve à l'article 109. Intitulé « violations des lois de la guerre », cet article incrimine celui qui aura « contrevenu aux prescriptions de conventions internationales sur la conduite de la guerre ainsi que pour la protection de personnes et de biens » et « celui qui aura violé d'autres lois et coutumes de la guerre reconnues ». Par cette disposition, le droit suisse n'incrimine pas seulement les infractions graves, comme l'exige le droit international humanitaire, mais *toutes* les violations de ce droit. Ceci est

³⁴ Cf. l'arrêt de la Chambre de première instance du TPIR dans l'affaire Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu du 2 septembre 1998, paras. 611 – 617.

³⁵ Cf. Theodor MERON, *International Criminalization of Internal Atrocities*, AJIL 89 (1995), pp. 554-580. Notons que la Belgique a prévu une telle compétence universelle, avec référence expresse au Protocole II, dans les art. 1 et 7 de la loi du 16 juin 1993 (Moniteur belge, 5 août 1993, pp. 17751 - 17755).

³⁶ RS 321.0, art. 108-114. Voir sur ces dispositions et la répression des violations du droit international humanitaire en Suisse en particulier Robert ROTH/Marc HENZELIN, *La répression des violations du droit humanitaire en Suisse*, in : PELLANDINI (*supra*, n. 19), pp. 184-201.

compatible avec le droit international humanitaire qui demande aux États de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser les actes contraires aux traités portant sur toutes les autres violations.³⁷ Or, en dépit de tout ce que les criminologues nous enseignent, la poursuite pénale est une mesure propre à faire cesser certains actes. Notons que cette pénalisation très étendue n'entraîne pas automatiquement des résultats non équitables puisque l'alinéa 2 de l'art. 109 du CPM permet une punition disciplinaire dans les cas moins graves. Ce sera le cas, par exemple, lorsqu'un prisonnier de guerre n'aura pas reçu son avance de solde³⁸.

b) Terminologie

La terminologie utilisée dans ce chapitre du CPM est bien évidemment dépassée. La notion de « droit des gens » n'est presque plus utilisée en français. Elle s'est lentement éclipsée devant le terme « droit international », traduction de « international law » introduit par Jeremy BENTHAM en 1780.³⁹ Même Georges SCELLE, qui avait voulu donner une nouvelle vie au terme « droit des gens » en 1932, a été contraint d'admettre que le terme était « archaïque [...] non pas démonétisé mais désuet. »⁴⁰ Certes, dans la conception de SCELLE, le terme « droit des gens » correspondrait à la philosophie du droit international humanitaire indiquant que ce droit n'appartient pas aux États ou aux nations, mais aux gens et aux peuples. L'utilisation de ce terme dans le CPM semble toutefois plutôt être une traduction littérale de l'allemand, où « Völkerrecht » est le terme couramment utilisé pour désigner le droit international public.

En outre, depuis au moins 25 ans, le terme « droit international humanitaire » est utilisé pour désigner le « droit des gens en temps de conflit armé », à savoir le *jus in bello* qui

³⁷ Cf. art. 49 (3)/50 (3)/129 (3) et 146 (3), respectivement, des quatre Conventions.

³⁸ Violation de l'art. 60 de la IIIe Convention.

³⁹ Cf. Jeremy BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, 1780 (BURNS/HART [edit.], London 1970, p. 296).

⁴⁰ Cf. Georges SCELLE, *Précis de droit des gens*, Paris 1932, p. VII.

comprend les règles à respecter dans les conflits armés.⁴¹ Certes, l'article 113 du CPM qui dénonce la rupture d'un armistice ou de la paix, concerne plutôt une violation du *jus ad bellum* (règles relatives à la légitimité ou non du recours à un conflit armé). Dans cette optique, afin de mieux respecter le sens à donner à chaque expression, la prochaine révision du CPM devrait plutôt porter le titre suivant: « infractions commises contre le droit international applicable en cas de conflit armé ». Parallèlement, le titre de l'article 109 « violations des lois de la guerre » devrait aussi être modifié pour devenir « violations du droit international humanitaire ». En effet, comme le relève le titre du chapitre, le droit humanitaire s'applique à tous les « conflits armés » et non pas seulement aux « guerres », expression tombée en désuétude depuis la seconde guerre mondiale⁴². Par conséquent, le terme « guerre » aurait intérêt à être également éliminé dans le texte de l'article 109, qui pourrait d'ailleurs incriminer simplement « celui qui aura violé le droit international humanitaire », vu que ce droit comprend incontestablement les normes conventionnelles et coutumières.

c) Précision de la loi pénale

La remarque terminologique concernant l'article 109 qui précède nous amène à une considération de fond. En fait, ni le texte actuel de cet article ni celui que nous proposons, ne correspondent à la précision qu'on attendrait d'une loi pénale,⁴³ exigence découlant du principe constitutionnel « pas de peine sans loi ».⁴⁴ Certes, la précision nécessaire d'une norme pénale peut découler d'une jurisprudence constante et riche⁴⁵ ou de normes auxquelles la loi pénale renvoie. Certaines dispositions des Conventions de Genève et des

⁴¹ Ainsi le titre officiel de la conférence diplomatique ayant élaboré les deux Protocoles était *Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire dans les conflits armés, Genève, 1974-1977*.

⁴² Cf. art. 2 (1) commun aux quatre Conventions de Genève.

⁴³ Des doutes à ce sujet sont également exprimées par le Conseil fédéral dans ses Messages concernant les Protocoles (FF 1981 I 1034) et la CPI (FF 2001 506).

⁴⁴ Cf. ATF 125 I 369 consid. 6 p. 380.

⁴⁵ Cf. l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Kokkinakis c. Grèce, du 25 mai 1993, série A, vol. 260, chiffre 40.

Protocoles pourraient d'ailleurs satisfaire à cette exigence. En revanche, les juristes de formation romano-germanique auront beaucoup de peine à admettre qu'une norme coutumière puisse y répondre, particulièrement si sa violation donne pour la première fois lieu à une poursuite pénale, comme c'est souvent le cas en matière de droit international humanitaire.⁴⁶ La jurisprudence du TPIY et du TPIR, les règles relativement détaillées du statut de la CPI et les éléments des crimes que les États définissent en se fondant sur ce statut⁴⁷ constituent de grands progrès à cet égard. On lira avec beaucoup d'intérêt l'excellent commentaire des articles 5 à 9 du Statut de la CPI annexé au Message du Conseil fédéral relatif au Statut de la CPI.⁴⁸ Pour satisfaire entièrement les exigences de précision du droit pénal national, il serait toutefois nécessaire d'élaborer, comme l'Allemagne est en train de le faire,⁴⁹ une loi sur le droit international pénal.⁵⁰

d) Compétence des tribunaux militaires

Les violations du droit international humanitaire étant pénalisées exclusivement par le Code pénal militaire, ce sont uniquement les tribunaux militaires qui sont compétents pour les juger.⁵¹ L'article 2 (9) du CPM soumet également à ce code des civils qui, à l'occasion d'un conflit armé, se rendent coupables d'« infractions contre le droit des gens » et l'article 9 (1) du CPM précise que ce dernier s'applique en Suisse comme à l'étranger. Cette compétence des tribunaux militaires peut apparaître peu appropriée lors de poursuites dirigées contre des civils, comme M. Niyonteze, en raison de crimes commis contre d'autres civils. Ce qui a probablement motivé le législateur est l'expertise

⁴⁶ Cf. sur cette problématique, Otto TRIFFTERER, *Österreichs Verpflichtungen zur Durchsetzung des Völkerstrafrechts*, *Österreichische Juristenzeitung* 51, p. 328.

⁴⁷ Cf. Document PCNICC/2000/1/Add. 2 du 1^{er} novembre 2000, *Rapport de la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, Texte final du projet d'éléments des crimes*, se fondant sur l'art. 9 du Statut de la CPI.

⁴⁸ FF 2001 456-507.

⁴⁹ Voir Bundesministerium der Justiz, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches, en ligne: <<http://www.bmj.bund.de/images/11222.pdf>> (date d'accès: 16 février 2002).

⁵⁰ Solution qui est également envisagée en Suisse (cf. *Message du Conseil fédéral relatif au Statut de Rome de la CPI* du 15 novembre 2000, FF 2001 420, 507)

⁵¹ Cf. art. 29 (2) de la Procédure pénale militaire (PPM), RS 322.1.

particulière des tribunaux militaires en matière de conduite des hostilités. Or, ce raisonnement ne s'applique pas nécessairement dans un cas comme celui qui nous intéresse. On peut imaginer que les témoins dans cette affaire ont gardé une image très militaire bien qu'efficace de la Suisse. Selon la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme, un civil jugé par une juridiction militaire est toutefois privé d'un procès équitable devant un tribunal indépendant et impartial, tel que prescrit par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.⁵² Notons qu'en matière de génocide, la nouvelle législation prévoit que les tribunaux civils seront les seuls compétents pour juger ces cas.⁵³ À notre avis, il serait donc approprié d'attribuer, à l'avenir, la compétence de juger les infractions en matière de droit international humanitaire, commises par des non militaires, au futur Tribunal pénal fédéral.⁵⁴

e) Compétence en matière de conflits armés non internationaux

L'article 108 du CPM prévoit, à son premier alinéa, que les articles 109-114 CPM s'appliquent aux conflits armés internationaux y compris les atteintes à la neutralité. Le deuxième alinéa, quant à lui, prévoit que ces mêmes articles s'appliquent à d'autres violations d'accords internationaux si ces accords prévoient un champ d'application plus étendu. L'article 3 commun aux Conventions et le Protocole II sont des accords internationaux qui prévoient un champ d'application plus étendu. Ces dispositions donnent donc aux tribunaux suisses, du fait des articles 9 (1) et 108 (2) du CPM, la compétence *ratione materiae* pour juger leurs violations même si elles sont commises à l'étranger. Les tribunaux suisses ont par conséquent reconnu, dans l'affaire qui nous occupe, leur compétence pour juger les actes reprochés en tant que violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et au Protocole II. Ils ont fondé cette compétence sur la lettre du CPM, sans se préoccuper de savoir si elle était obligatoire ou à tout le moins admissible en droit international. Nous avons toutefois vu qu'une telle compétence

⁵² Voir l'arrêt *Incal c. Turquie* du 9 juin 1998, Recueil des arrêts et des décisions 1998-IV, pp. 1572-1573, paras 70-72.

⁵³ Cf. le nouvel art. 221 du CPM (RO 2000 2728).

⁵⁴ Cf. l'art. 191a Cst., approuvé en votation populaire le 12 mars 2000, mais non encore entré en vigueur (FF 1999 783, 2000 2188 et 2814).

ne viole certainement pas le droit international et qu'elle correspond à une obligation qui est en train de naître, mais qui n'existait certainement pas encore en 1967, date de l'adoption de l'article 108 (2) CPM. Cette disposition couvrait les infractions au droit humanitaire en cas de conflits armés non internationaux. Le législateur en était conscient⁵⁵ et nous sommes tentés de croire que ce fait était assez révolutionnaire à l'époque.

B. Compétence de la Suisse à juger les actes reprochés à titre de génocide ou de crimes contre l'humanité?

Vu la nature, l'étendue et l'objectif des actes posés par M. Niyonteze, il était entièrement compréhensible que l'accusation les qualifie en outre d'actes de génocide et de crimes contre l'humanité. Elle a toutefois invoqué cette qualification et les faits l'étayant uniquement par une modification de l'acte d'accusation introduite seize jours avant les débats de première instance. La défense s'est opposée à ce nouvel acte d'accusation. Le Tribunal de division a accepté, dans une décision incidente, cette requête de la défense de ne pas admettre la modification de l'acte d'accusation. Il a invoqué des difficultés de procédure qui pouvaient naître d'un tel changement tardif mais également des raisons de fond. Il a rappelé que la Suisse n'était, au moment du procès, pas encore partie à la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* de 1948.⁵⁶ Il a considéré que même si on admettait que la Suisse avait une obligation coutumière de réprimer les crimes contre l'humanité et le génocide conformément au principe de l'universalité, cela ne signifiait pas encore qu'en l'absence de toute disposition légale, le Tribunal de division puisse exécuter cette obligation. Il voyait en particulier des difficultés par rapport au principe « *nulla poena sine lege* », puisque les normes internationales n'étaient pas suffisamment précises pour être directement appliquées et qu'elles ne fixaient, en outre, aucune peine. Il admettait toutefois que l'obligation de réprimer le génocide et le crime contre l'humanité serait « assurément plus

⁵⁵ Voir le *Message du Conseil fédéral*, FF 1967 I 610.

⁵⁶ Voir maintenant le *Message du Conseil fédéral relatif à la Convention contre le génocide*, FF 1999 4929 et RO 2000 2725.

contraignante » si les actes incriminés ne pouvaient pas être poursuivis en Suisse à un autre titre. Ce ne fut pas le cas car le CPM permettait de les poursuivre en tant que violations du droit international humanitaire.

Sans qu'on n'en comprenne la nécessité procédurale, l'Auditeur n'ayant pas fait appel, le Tribunal d'appel se pencha également sur cette question. Il estima que l'article 109 du CPM permettait la punition pour génocide commis dans un conflit armé puisque celui-ci était interdit par une règle coutumière et que l'article se référait également aux coutumes de la guerre. En revanche, en vertu de la lettre de l'article 108 (2) du CPM, réservant les *accords* au champ d'application allant au-delà des conflits armés internationaux, la compétence de la Suisse couvrait, dans l'hypothèse d'un conflit armé non international, exclusivement des violations de règles *conventionnelles* et non des violations de règles coutumières. Dans les conflits armés internationaux uniquement, un tribunal militaire aurait pu, à son avis, entendre des causes relatives à des infractions au droit coutumier y compris des actes de génocide et des crimes contre l'humanité.

A notre avis, la véritable question a été mentionnée par le Tribunal de division. En fait, il s'agissait de savoir si un tribunal pénal pouvait appliquer le principe de l'universalité en se fondant exclusivement sur le droit international et ce, même en l'absence de toute norme de compétence prévue par le droit interne.⁵⁷ La réponse nuancée donnée par le Tribunal de division nous semble exacte. La notion de crimes contre l'humanité, l'obligation de tous les États de les poursuivre et le principe de la compétence universelle appartiennent au droit international coutumier liant par le fait même la Suisse.⁵⁸ Le génocide, quant à lui, est reconnu comme crime international par une règle du droit

⁵⁷ Voir sur les réticences vis-à-vis d'une applicabilité directe du droit international pénal dans les ordres juridiques internes et la pratique contrastée de différents États vis-à-vis d'accusés rwandais et ex-yougoslaves, HENZELIN (*supra*, n. 24), pp. 426-429 et 441-446.

⁵⁸ Cf. l'art. 6 (2) (c) du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, confirmé par la Résolution 95 (I) du 11 décembre 1946 de l'Assemblée générale de l'ONU et les art. 8, 9 et 18 du *Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, adopté par la Commission du droit international en 1996, *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-huitième session*, Document A/51/10, Supp. No. 10, pp. 25-174.

international coutumier, appartenant même au *jus cogens*. Cette règle lie donc nécessairement la Suisse.⁵⁹ Si la seule façon d'éviter que la Suisse viole son obligation internationale de réprimer de tels actes avait été de reconnaître la compétence de ses tribunaux militaires, la notion de « lois et coutumes de la guerre » de CPM l'article 109 aurait dû être comprise comme englobant également les violations du droit international coutumier telles que le génocide et le crime contre l'humanité. Une interprétation aussi poussée n'a toutefois pas été nécessaire puisque les tribunaux suisses étaient compétents pour juger les actes de l'accusé en tant que violations du droit de la guerre. Les éléments liés à l'étendue du crime, aux objectifs et au mobile de l'accusé qui qualifient le génocide ou le crime contre l'humanité, ont été pris en considération lors de la fixation de la peine. Les tribunaux militaires n'avaient donc pas besoin de s'ériger en législateur pour établir leur compétence universelle en la matière. L'attribution d'une telle compétence aux tribunaux *militaires* n'aurait pas été évidente concernant des actes commis par des citoyens civils puisqu'ils auraient pu les commettre aussi bien en temps de conflit armé qu'en temps de paix. Dans un tel cas, le tribunal n'a pas à posséder les connaissances particulières d'un tribunal militaire en matière de conflits armés et de questions militaires. Selon la nouvelle législation, ce sont d'ailleurs exclusivement les tribunaux civils qui jugeront des cas de génocide.⁶⁰

⁵⁹ Cf. les Statuts du TPIY (art. 4), du TPIR (art. 2) et de la CPI (art. 6) et la Cour internationale de Justice dans son *Avis consultatif du 28 mai 1951 sur les Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, CIJ Recueil 1951, p. 23. Notons que l'art. 6 de la Convention de 1948 oblige uniquement l'État sur le territoire duquel le génocide a été commis de le poursuivre. Il n'est pas sûr qu'il existe aujourd'hui néanmoins une obligation de le réprimer selon le principe de l'universalité. (Cf. HENZELIN [*supra*, n. 24], pp. 399/400, qui discute l'arrêt de la Cour internationale de justice dans l'*Affaire relative à l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide [Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie]*, Exceptions préliminaires, du 11 juillet 1996, CIJ Recueil 1996, p. 616, para. 31). Selon les art. 8, 9 et 17 du *Projet de code de la CDI* (*supra*, n. 58) une telle obligation existe.

⁶⁰ Cf. le nouvel art. 221 du CPM (RO 2000 2728).

C. Compétence de la Suisse à juger les actes reprochés en tant que crimes de droit commun?

L'acte d'accusation qualifia les actes reprochés à M. Niyonteze d'assassinat (article 116 CPM), d'instigation à l'assassinat (article 22 et 116 CPM) et de violations des lois de la guerre (article 109 CPM). On parlait donc de l'idée qu'il y avait concours idéal entre ces crimes et que la Suisse pouvait également les poursuivre en tant qu'offenses au droit commun. Le Tribunal de division suivit cette interprétation. Il nota que l'article 109 (1) incrimine les violations des lois de la guerre en imposant une peine d'emprisonnement et, dans les cas graves, une peine de réclusion « sauf si des dispositions plus sévères sont applicables ». Il estima que cette incise renvoyait à toutes les dispositions du CPM prévoyant une peine plus sévère et non pas uniquement à celles du chapitre concernant les « infractions commises contre le droit des gens en cas de conflit armé », comme le soutient la doctrine.⁶¹ Pour justifier cette interprétation, le Tribunal s'est référé au Message du Conseil fédéral mentionnant effectivement l'homicide de personnes protégées par les Conventions comme des actes tombant sous la réserve.⁶² On peut toutefois douter que le Conseil fédéral ait été conscient qu'il soumettait ainsi, par le jeu de la compétence universelle prévue aux articles 2 (9) et 9 (1) CPM, tous les actes violant également le droit international humanitaire, commis n'importe où dans le monde, au CPM tout entier. Le Tribunal a aussi relevé qu'il serait choquant qu'un assassinat puisse être plus sévèrement puni si l'auteur ou les victimes étaient suisses car, dans ce cas, le Code pénal ou le CPM s'appliquaient entièrement, qu'en l'occurrence où tous les concernés étaient rwandais. Cette approche universaliste et ce souci de justice honorent le Tribunal de division. Elle néglige toutefois le fait qu'en droit interne et selon le droit international, la compétence de juridiction pénale est fondée, sauf exceptions, sur la compétence territoriale ou personnelle active, sur le principe de protection et, à la limite,

⁶¹ Peter POPP, *Kommentar zum Militärstrafgesetz, Besonderer Teil*, St. Gallen 1992, N 9 vor Art. 108, p. 542 écrit, en effet: "Für die Konkurrenz ist entscheidend, dass der gemeine Tatbestand durchwegs zurückzutreten hat, wo er mit der durch besonderes Delikt pönalisierten Verletzung von Kriegsvölkerrecht zusammentrifft."

⁶² Cf. FF 1967 I 611.

sur le principe de la personnalité passive.⁶³ La conséquence nécessaire de cette limitation de l'applicabilité du droit interne, exigée par le droit international, est que le même crime puisse ou ne puisse pas être poursuivi dans un État donné, selon la nationalité des victimes ou de l'auteur.

Le Tribunal d'appel renversa l'interprétation du Tribunal de division et admit donc l'appel de l'accusé contre sa condamnation pour assassinat. Il estima que l'incise (« sauf si des dispositions plus sévères sont applicables ») constituait une réserve et non pas un renvoi. Elle concernait uniquement les personnes soumises à un autre titre au CPM. M. Niyonteze n'y étant pas soumis, la Suisse ne pouvait le poursuivre qu'en ce qui concernait des violations du droit international humanitaire.

À notre avis, la conclusion du Tribunal d'appel est juste. En effet, il ne serait pas admissible, en droit international, que la Suisse étende sa juridiction à des crimes de droit commun commis par des civils étrangers contre des victimes étrangères à l'extérieur de ses frontières.⁶⁴ De même, au niveau du droit suisse, on peut estimer qu'il existe, entre les infractions au droit international humanitaire énumérées aux articles 108 à 114 CPM et les infractions ordinaires énumérées dans le CPM, un concours improprement dit ou plus spécifiquement un lien de spécialité.⁶⁵ Les articles 108 à 114 constituent, en quelque sorte, un petit code pénal, inclus au sein du code pénal, qui s'applique aux actes commis en temps de conflits armés et en relation avec ceux-ci. Le droit international humanitaire, auquel les articles renvoient, détermine en effet de façon exhaustive ce qui est interdit, entre les parties, dans un conflit armé et ce qui ne l'est pas. Prenons l'exemple de l'assassinat d'un soldat ennemi au cours d'un combat. Nous retrouvons les éléments

⁶³ Cf. HENZELIN (*supra*, n. 24), pp. 123-236.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 216-220, 235.

⁶⁵ Même si l'art. 109 du CPM était subsidiaire aux crimes ordinaires plus sévèrement punis du CPM, de tels crimes commis par un civil étranger à l'étranger ne tomberaient pas sous le CPM. En effet, en vertu du renvoi clair prévu à l'art 2 (9) CPM, la compétence des tribunaux suisses se limite aux infractions aux art. 108 - 114 CPM et ne s'étend pas à une violation de l'art 116 CPM réprimant l'assassinat. Vu qu'ils ne sont pas compétents pour juger la violation prioritaire, les tribunaux auraient alors dû appliquer l'art. 109, même s'il avait été subsidiaire.

constitutifs de l'homicide définis aux articles 115 à 120 CPM. Ce n'est toutefois pas interdit par le droit international humanitaire et ne peut donc pas être punissable. Inversement, la perfidie, comme le fait pour un combattant de se déguiser en civil, permise en temps de paix, est interdite en temps de guerre. Les articles 109 à 114 CPM et le droit international humanitaire auquel ils renvoient définissent les éléments objectifs et subjectifs des infractions liées aux conflits armés de façon souvent différente du droit pénal militaire ordinaire. Que les infractions au droit international humanitaire mettent également en péril les relations internationales ou celles entre les belligérants n'empêche pas qu'elles constituent une *lex specialis* par rapport aux autres infractions prévues au CPM.

Que la peine maximale prévue à l'article 109 CPM (réclusion) soit inférieure à celle prévue à l'article 116 CPM (réclusion à vie) peut certes paraître insatisfaisant dans les cas d'actes comme ceux reprochés à l'accusé. En général, en raison de l'atmosphère de violence inhérente aux conflits armés et puisque les acteurs y perdent inévitablement certaines inhibitions, l'atténuation de la peine maximale paraît toutefois être une solution soutenable.⁶⁶ Celle-ci n'est en tout état de cause pas absurde au point que le juge aurait du donner la priorité aux dispositions ordinaires ou admettre le concours idéal.

V. LES ACTES REPROCHÉS VIOLAIENT-ILS LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE?

La qualification des actes retenus contre le bourgmestre n'était pas difficile. Il a été condamné pour homicides intentionnels dont il était l'auteur immédiat, le coauteur ou l'instigateur. Pour que ces actes puissent être qualifiés de violations des lois et coutumes de la guerre, il fallait toutefois que le droit international humanitaire s'applique à la situation, qu'il protège les victimes des actes reprochés et qu'il s'adresse à M. Niyonteze comme destinataire. Ces conditions remplies, il allait sans dire que l'interdiction d'atteintes à la vie et, en particulier, du meurtre sous toutes ses formes, prévue à l'article 3 commun aux Conventions et à l'article 4 (2) (a) du Protocole II, était violée. L'accusé

⁶⁶ Cf. POPP (*supra*, n. 61), N 4 vor Art. 108, pp. 539 et 540.

étant un bourgmestre, il s'agissait également de savoir s'il avait violé le droit international humanitaire en omettant d'empêcher que divers autres crimes soient commis sur le territoire de sa commune.

A. La qualification de la situation au Rwanda

En suivant la jurisprudence du TPIR, les tribunaux suisses n'ont pas eu de difficulté à qualifier la situation régnant au Rwanda au moment où les actes ont été commis. Il s'agissait d'un conflit armé non international qui remplissait non seulement les critères d'applicabilité de l'article 3 commun aux Conventions mais également les exigences plus sévères du Protocole II. En effet, comme nous l'avons dit, le conflit se déroulait entre les forces armées gouvernementales rwandaises (FAR) et un groupe armé dissident, le Front patriotique rwandais (FPR). Ce dernier, sous la conduite d'un commandement responsable, exerçait sur une partie croissante du territoire rwandais un contrôle tel qu'il lui permettait de mener des opérations militaires continues et concertées. Finalement, le FPR prit le contrôle du pays. La mainmise du FPR sur une grande partie du territoire lui permettait objectivement de respecter le Protocole II.⁶⁷

B. Qui est protégé par le droit international humanitaire des conflits armés non internationaux?

Le fait que les victimes des homicides étaient des « personnes ne participant pas directement aux hostilités » n'a pas été contesté. C'est donc dire que ces personnes bénéficièrent de la protection du droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux.⁶⁸ Néanmoins, il est regrettable que le Tribunal militaire d'appel ait repris, sans nécessité, la définition des « victimes possibles » donnée par le TPIR. En fait, celle-ci repose malheureusement sur un malentendu puisque le TPIR a estimé que tous ceux qui n'appartenaient pas à la « catégorie des auteurs », ne tombant donc pas sous le domaine d'application personnel actif du droit international humanitaire,

⁶⁷ Cf. art. 1 (1) du Protocole II.

⁶⁸ Cf. art. 3 (1) commun aux Conventions et art. 4 (1) du Protocole II.

sont protégés par ce droit, donc couverts par son domaine d'application personnel passif.⁶⁹ Cette interprétation nous semble correcte lorsqu'il s'agit de déterminer quelles sont les personnes faisant partie de la population civile protégée par les règles sur la conduite des hostilités. En effet, ceux et celles qui participent directement aux hostilités peuvent faire l'objet d'attaques, pendant qu'ils ou elles y participent. L'interprétation du TPIR est en revanche contraire à la lettre et à l'esprit du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux en ce qui concerne les règles sur le traitement humain, décisives en l'occurrence et dans les cas jugés par le TPIR. M. Niyonteze appartenait, nous le verrons par la suite, à la catégorie des auteurs. Le torturer ou le tuer (en dehors d'une situation de légitime défense), aurait néanmoins violé le droit international humanitaire. En fait, le droit international humanitaire protège également « les membres des forces armées qui ont déposé les armes » et les personnes qui « ne participent plus aux hostilités ».⁷⁰ Il serait très dangereux et contraire à l'esprit du droit international humanitaire que les « auteurs » ne puissent pas en bénéficier en tant que victimes. Ainsi, même les personnes accusées ou condamnées pour les pires crimes, y compris pour crimes de guerre, bénéficient, entre autres, des règles sur le respect des détenus et de celles prévoyant des garanties judiciaires.⁷¹ Les délégués du CICR savent combien de victimes ont également été des auteurs. La véritable distinction ne doit donc pas se situer au niveau normatif quant à savoir qui est réellement un auteur. Elle se situe plutôt au niveau factuel. Elle sépare ceux et celles qui participent directement aux hostilités de tous les autres. Les premiers ne sont pas protégés pendant qu'ils participent aux hostilités.

C. L'accusé était-il destinataire du droit international humanitaire?

⁶⁹ Cf. l'arrêt de la Chambre de première instance du TPIR dans l'affaire le Procureur c. Alfred Musema (ICTR-96-13), du 27 janvier 2000, paras 278-280, avec d'autres références à sa jurisprudence.

⁷⁰ Cf. art. 3 (1) commun aux Conventions et art. 4 (1) du Protocole II.

⁷¹ Cf., par exemple, en ce qui concerne les criminels de guerre les art. 49 (4) de la Ire, 50 (4) de la Iie, 85 et 129 (4) de la IIIe ainsi que 146 (4) de la IVe Convention.

M. Niyonteze fit valoir que les interdictions de l'article 3 commun aux Conventions et du deuxième Protocole ne s'adressaient pas à lui *ratione personae*. Ainsi, selon lui, il ne pouvait pas les avoir violées en commettant les actes qui lui étaient reprochés, ces derniers n'ayant pas de lien suffisant avec le conflit armé pour être couverts par l'article 3 commun et le deuxième Protocole. En invoquant un arrêt de la Chambre de première instance du TPIR dans l'affaire *Akayesu* qui allait effectivement dans ce sens, l'accusé a soutenu que ces interdictions ne s'adressaient qu'aux membres des forces armées sous commandement militaire d'une des parties belligérantes, à des personnes autrement engagées dans des hostilités ou ayant la tâche, en tant qu'agents de l'État, de soutenir l'effort de guerre.⁷²

Une telle limitation des destinataires du droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux doit être considérée comme contraire à la lettre et au but de ce dernier. En effet, l'article 3 commun s'adresse autant aux parties gouvernementales qu'aux rebelles en les obligeant à appliquer certaines interdictions (".. sont et demeurent prohibés, en tout temps et en tout lieu..."). Le Protocole II ne désigne aucun destinataire particulier mais formule plutôt des règles en utilisant la forme grammaticale passive ("... les personnes seront...", "sont prohibées...", "...les dispositions suivantes seront respectées..."). Ainsi, chaque agent d'une partie doit respecter les interdictions qui y sont énumérées.

Par son interprétation restrictive, la Chambre de première instance du TPIR a privé de son sens un nombre important de dispositions de l'article 3 commun et du Protocole II. En fait, l'obligation de soigner les blessés⁷³ doit, par exemple, s'appliquer non seulement à ceux qui soutiennent l'effort de guerre mais aussi, et particulièrement, aux médecins

⁷² Cette interprétation était effectivement celle choisie par la Chambre de première instance du TPIR, lorsqu'elle avait acquitté le bourgmestre Akayesu des accusations de violations du droit international humanitaire (cf. arrêt *Akayesu* [*supra*, n. 34], paras 631 et 640). Elle correspond également à celle de POPP (*supra*, n. 61), pp. 540 et 541, qui limite les destinataires de ces articles aux "Personen, denen die Kriegführung im weitesten Sinne obliegt".

⁷³ Cf. art. 3 (2) commun aux Conventions et art. 7 du Protocole II.

dans les hôpitaux. Dans le même ordre d'idée, les garanties judiciaires⁷⁴ s'adressent, de par leur nature, en premier lieu aux juges qui ne sont souvent ni membres des forces armées, ni considérés comme étant impliqués dans l'effort de guerre.

C'était donc à juste titre que le Tribunal de division et le Tribunal d'appel se sont distancés de cette jurisprudence de la Chambre de première instance du TPIR. Selon l'interprétation du Tribunal militaire d'appel, il est suffisant que l'auteur s'en prenne à une personne protégée par le droit international humanitaire en commettant un acte ayant un lien avec le conflit armé.⁷⁵ Mentionnons d'ailleurs que cette interprétation fut, entre-temps, adoptée par la Chambre d'Appel du TPIR qui accueillit, relativement à ce point, un appel du Procureur contre l'arrêt *Akayesu*.⁷⁶

Le Tribunal militaire de cassation, quant à lui, admit qu'il pouvait se départir de l'interprétation de la Chambre de première instance du TPIR. Il souligna qu'il pouvait interpréter de façon autonome l'article 109 CPM et qu'il ne devait pas nécessairement reprendre les critères utilisés par les Chambres de première instance du TPIR pour déterminer si l'article 3 commun et le Protocole II avaient été violés. «Cependant, on ne voit pas pour quel motif il faudrait s'en écarter, d'autant qu'ils ont été définis de façon relativement large.» De l'avis du Tribunal militaire de cassation, le Tribunal militaire d'appel aurait «maladroïtement» affirmé de s'écarter de la jurisprudence du TPIR, malgré le fait qu'il ait en réalité utilisé les mêmes critères que ceux énoncés dans l'affaire *Akayesu* et il qu'il les ait appliqués correctement à M. Niyonteze.

⁷⁴ Détaillées aux art. 3 (1) (d) des Conventions et 6 du Protocole II.

⁷⁵ Il n'est donc pas vrai que les tribunaux suisses auraient appliqué les mêmes exigences que la Chambre de première instance du TPIR dans l'affaire *Akayesu*, comme l'affirme REYDAMS (*supra*, n. 12), p. 235. Dans un *obiter dictum*, le Tribunal de division a toutefois invoqué un argument contestable pour justifier sa conclusion. Il a estimé que les dispositions de l'art. 3 commun aux Conventions et du Protocole II lieraient même tous les individus en tant que personnes privées si elles étaient «self-executing». Le fait qu'une règle internationale est «self-executing» signifie toutefois uniquement qu'elle *puisse* être directement appliquée en droit interne dans les systèmes monistes comme le suisse. Il ne préjuge en rien le domaine d'application personnel actif de la règle internationale.

⁷⁶ Cf. TPIR, Chambre d'Appel, Le Procureur c. Jean-Paul Akayesu, Arrêt du 1^{er} juin 2001, paras 432-445.

On peut d'un côté regretter que le tribunal suprême suisse compétent en la matière n'ait pas saisi l'occasion de se distancer de la jurisprudence du TPIR quant au champ d'application *ratione personae* actif du droit international humanitaire des conflits armés non internationaux. Entre-temps, la Chambre d'Appel du TPIR s'est chargée de cette tâche. D'un autre côté, on peut comprendre que le Tribunal militaire de cassation ait voulu trancher uniquement les questions d'ordre juridique véritablement soulevées dans l'affaire soumise. Une telle approche contraste agréablement avec celle du TPIY et du TPIR. Ces derniers veulent créer, à l'occasion de chacun de leurs jugements, un aussi grand nombre de précédents sur autant de questions juridiques et ce, en se distançant parfois de la jurisprudence de la Cour internationale de justice même lorsque ceci n'est pas nécessaire pour juger l'accusé dans la cause qui leur est soumise.⁷⁷

D. La violation des devoirs d'un bourgmestre

Quant au chef d'accusation de n'avoir pris aucune mesure pour empêcher les massacres dans sa commune, le Tribunal de division constata que l'accusé avait aidé seulement certains Tutsis. Il était difficile d'établir quelles mesures étaient effectivement à sa portée. En définitive, le tribunal a estimé que les omissions « sont absorbé[e]s par le comportement actif retenu à la charge de l'accusé... et qu'[elles] ne sont sanctionné[e]s par aucune norme légale applicable ». Cette dernière affirmation peut étonner. En effet, l'article 86 (2) du Protocole I statue que :

le fait qu'une infraction [...] ait été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale [...] s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction.

⁷⁷ Voir notre critique à cet égard dans SASSÒLI/OLSON (*supra*, n. 30), pp. 739, 740 et 768.

On ne voit pas pourquoi ce principe ne s'appliquerait pas également à l'occasion d'un conflit armé non international et à l'égard d'un chef civil comme un bourgmestre⁷⁸. Le droit international humanitaire, nous l'avons vu, s'adresse également aux civils. Rappelons d'ailleurs que l'article 86 est intitulé « omissions » tandis que l'article 87 définit des devoirs qui s'adressent expressément aux commandants *militaires*. De plus, on notera que l'article 28 (2) du Statut de la CPI, qui s'applique clairement aux conflits armés non internationaux, vise expressément la responsabilité de supérieurs non militaires, décrite dans des termes similaires à ceux de l'article 87 (2) du Protocole I, pour des « crimes liés à des activités relevant de [leur] responsabilité et de [leur] contrôle effectifs. »

L'Auditeur n'ayant pas fait appel, le Tribunal militaire d'appel ne pouvait pas revenir sur l'acquiescement pour violation des devoirs de bourgmestre.

VI. FIXATION DE LA PEINE

N'ayant identifié aucune circonstance atténuante, le Tribunal de division avait condamné l'accusé à la réclusion à vie, soit la peine maximale prévue pour assassinat. Le Tribunal militaire d'appel ne pouvait pas dépasser vingt ans de réclusion, car il avait, nous l'avons vu, écarté sa compétence en matière d'assassinat. Il a qualifié les actes de M. Niyonteze de très graves et les circonstances des assassinats d'atroces. Il a décelé chez lui de la haine. Aucun sentiment de pitié, de remords ou de repentir ne l'habitait. En tant que bourgmestre, il aurait dû veiller à la sécurité de tous ses administrés, au lieu d'en appeler à leur élimination. Ce fait a été retenu comme une circonstance aggravante, tout comme son « conformisme jusqu'au bout dans l'horreur », après qu'il a appris que sa commune était mal notée à cause de sa participation insuffisante au génocide. À juste titre, le Tribunal a considéré comme circonstance atténuante la situation chaotique qui lui avait laissé une liberté de décision et d'action relativement limitée. En effet, la faute subjective d'un bourgmestre rwandais qui fait assassiner trois Tutsis pendant un génocide est moindre que celle d'un hypothétique officier suisse qui ferait assassiner trois demandeurs

⁷⁸ *Contra* REYDAMS (*supra*, n. 12), p. 236.

d'asile par haine raciale en temps de paix. Ce facteur est, à notre avis, négligé dans la pratique très dure des sentences du TPIY et du TPIR. Quant au fait que M. Niyonteze avait également sauvé la vie de plusieurs Tutsis qui lui étaient proches, le Tribunal n'en a tenu compte que dans une mesure limitée, dès lors que ces actes ne procédaient pas «d'un pur sentiment altruiste, mais ont été dictés par un opportunisme et un souci de se donner bonne conscience.» En définitive, le tribunal a fixé la peine à quatorze des vingt ans possibles de réclusion, une peine qui nous semble appropriée.

Rejetant le pourvoi de l'auditeur, le Tribunal militaire de cassation a estimé que le Tribunal d'appel avait pris les critères d'appréciation prévus à l'article 44 CPM en compte et qu'il n'avait pas abusé de son large pouvoir d'appréciation. La peine ne lui a pas paru exagérément clémente. De même, le fait que le TPIR avait déjà prononcé une peine d'emprisonnement à vie contre un autre bourgmestre, M. Akayesu, n'a pas été un facteur déterminant, car il n'était « pas certain d'une part que les critères adoptés dans le Statut de ce Tribunal international pour la fixation de la peine correspondent à ceux de l'article 44 CPM, et d'autre part que l'on puisse comparer les actes commis respectivement par l'accusé et par Akayesu.»

VII. CONCLUSION

En conclusion, ceux et celles qui partagent les interprétations du droit international humanitaire proposées tout au long de cet article, conviendront que les tribunaux suisses n'ont pas moins bien rempli leur tâche que ne l'a fait le TPIR, dont ce domaine, rappelons-le, devrait être la spécialité. Ils l'ont d'ailleurs plus rapidement accomplie.⁷⁹

Certes, vu les coûts et les problèmes pratiques et interculturels que provoque un procès en Suisse pour des actes commis dans un conflit armé s'étant déroulé dans un pays lointain, une telle poursuite selon le principe de la compétence de juridiction universelle n'est pas l'idéal. Mais, selon nous, elle demeure préférable à l'impunité dans le cas d'actes aussi horribles que ceux commis par l'accusé. C'est ce que la communauté internationale désire

⁷⁹ Comme le note également REYDAMS (*supra*, n. 12), pp. 235-236.

et l'état du droit international en témoigne. Le CPM s'y est conformé. La Suisse, par ce procès, remplissait un devoir de solidarité, l'un des principes de la politique étrangère suisse, soulignant qu'il s'agissait de défendre des valeurs communes à tous les êtres humains. Ce procès constituait davantage une manifestation concrète de sa relation privilégiée avec le droit international humanitaire⁸⁰ que ne le sont certains des beaux discours entendus de la part des représentants suisses dans les enceintes internationales.

Soulignons que même lorsque la CPI fonctionnera effectivement et sera compétente pour juger de tous les crimes internationaux, la justice nationale gardera un rôle clé dans la poursuite de ceux-ci. Espérons qu'une lecture superficielle de l'arrêt *Congo c. Belgique*, dans lequel la CIJ a qualifié comme contraire au droit international un mandat d'arrêt émis, en raison de crimes internationaux, par la Belgique contre un ministre des affaires étrangères du Congo,⁸¹ ne découragera pas les États de remplir leurs obligations en matière de poursuites nationales contre des présumés auteurs de crimes internationaux qui se trouveraient sur leur territoire.

Le rôle des tribunaux nationaux sera tout d'abord quantitatif, car la justice internationale ne pourra jamais faire face aux centaines de milliers de crimes qui marquent, hélas, chaque guerre majeure. Elle ne pourra que choisir quelques cas précis et symboliques. Le restant demeurera la tâche des systèmes nationaux : en premier lieu, de ceux du pays affecté par le conflit, mais également de ceux de tous les autres pays.

Le rôle de la justice nationale sera toutefois également qualitatif. Tout comme l'État de droit et sa crédibilité dépendent dans chaque pays de la qualité, de l'indépendance et de l'efficacité des tribunaux de première instance, la justice internationale dépendra toujours des tribunaux nationaux. Sans eux, les tribunaux internationaux pourront au mieux jouer un rôle de roulette russe vis-à-vis des criminels internationaux. Dans cette optique, l'existence de tribunaux internationaux ne devrait pas constituer une excuse pour ne pas

⁸⁰ Cf. à ce sujet Marco SASSÒLI, *La Suisse et le droit international humanitaire - une relation privilégiée?*, in : *Annuaire suisse de droit international XLV* (1989), pp. 47-71.

⁸¹ Voir *supra*, n. 8.

mettre en œuvre un système national de répression des crimes, comme l'exige le droit international humanitaire. Ceux qui l'ont déjà fait, comme la Suisse, ne doivent pas non plus hésiter à mettre leur législation à jour, pour la rendre plus efficace et effective. Nous espérons d'ailleurs avoir fait quelques suggestions allant dans ce sens.

L'existence de tribunaux pénaux internationaux devrait encore moins décourager les tribunaux nationaux à appliquer systématiquement la législation internationale et nationale en matière de droit international humanitaire. Ceci devrait non seulement s'appliquer dans des contextes pour lesquels des tribunaux internationaux pénaux *ad hoc* ont été créés mais aussi dans d'autres contextes dont, justement, la communauté internationale se soucie moins.

Avec l'affaire Niyonteze, un bon précédent a été créé. Il s'agit maintenant d'en établir une pratique.