



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

GRANDE CHAMBRE

AFFAIRE MAKTOUF ET **DAMJANOVIĆ**
c. BOSNIE-HERZÉGOVINE

(Requêtes n^{os} 2312/08 et 34179/08)

ARRÊT

STRASBOURG

18 juillet 2013

Cet arrêt est définitif. Il peut subir des retouches de forme.

En l’affaire **Maktouf et Damjanović c. Bosnie-Herzégovine**,
La Cour européenne des droits de l’homme, siégeant en une Grande
Chambre composée de :

Dean Spielmann, *président*,
Josep Casadevall,
Guido Raimondi,
Ineta Ziemele,
Mark Villiger,
Isabelle Berro-Lefèvre,
David Thór Björgvinsson,
Päivi Hirvelä,
George Nicolaou,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Nona Tsotsoria,
Zdravka Kalaydjieva,
Nebojša Vučinić,
Kristina Pardalos,
Angelika Nußberger,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Johannes Silvis, *juges*,

et de Michael O’Boyle, *greffier adjoint*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 12 décembre 2012 et le
19 juin 2013,

Rend l’arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE

1. A l’origine de l’affaire se trouvent deux requêtes (n^{os} 2312/08 et 34179/08) dirigées contre la Bosnie-Herzégovine et dont un ressortissant irakien, M. Abduladhim Maktouf, et un ressortissant de la Bosnie-Herzégovine, M. Goran Damjanović, (« les requérants »), ont saisi la Cour, le 17 décembre 2007 et le 20 juin 2008 respectivement, en vertu de l’article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants se plaignent de procédures pénales à l’issue desquelles la Cour d’Etat de la Bosnie-Herzégovine (« la Cour d’Etat ») les a condamnés, en vertu des dispositions du code pénal de 2003 de la Bosnie-Herzégovine, à des peines d’emprisonnement pour des crimes de guerre commis contre des civils pendant la guerre de 1992-1995. Arguant que la loi applicable au moment de la commission des crimes de guerre dont ils ont été reconnus coupables était le code pénal de 1976 de l’ex-République socialiste fédérative de Yougoslavie (« l’ex-RSFY »), ils

allèguent que sa non-application par la Cour d'Etat à leur cas a emporté violation du principe de non-rétroactivité des peines énoncé à l'article 7 de la Convention. Ils invoquent également l'article 14 combiné avec l'article 7 de la Convention ainsi que l'article 1 du Protocole n° 12. M. Maktouf formule en outre un grief sur le terrain de l'article 6 § 1 de la Convention.

3. Les requêtes ont été attribuées à la quatrième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour – « le règlement »). Le 31 août 2010, le président de cette section a décidé de les communiquer au gouvernement de la Bosnie-Herzégovine (« le Gouvernement »). Il a en outre été décidé que la recevabilité et le fond des requêtes seraient examinés conjointement (article 29 § 1 de la Convention). Le 10 juillet 2012, une chambre de la quatrième section composée de Lech Garlicki, David Thór Björgvinsson, Päivi Hirvelä, George Nicolaou, Zdravka Kalaydjieva, Nebojša Vučinić et Ljiljana Mijović, juges, ainsi que de Lawrence Early, greffier de section, s'est dessaisie au profit de la Grande Chambre, aucune des parties ne s'y étant opposée (articles 30 de la Convention et 72 du règlement).

4. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 26 §§ 4 et 5 de la Convention et 24 du règlement. Faris Vehabović, juge élu au titre de la Bosnie-Herzégovine, s'étant trouvé empêché (article 28 du règlement), le Gouvernement a désigné pour siéger à sa place Angelika Nußberger, juge élue au titre de l'Allemagne (articles 26 § 4 de la Convention et 29 § 1 du règlement).

5. La Grande Chambre a décidé de joindre les requêtes (article 42 § 1 du règlement).

6. Les parties ont déposé des observations écrites sur la recevabilité et le fond des affaires. Des commentaires ont par ailleurs été reçus du Bureau du Haut-Représentant en Bosnie-Herzégovine (« le Bureau du Haut-Représentant »), qui avait été autorisé à intervenir dans la procédure écrite (articles 36 § 2 de la Convention et 44 § 3 du règlement).

7. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 12 décembre 2012 (article 54 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M^{mes} Z. IBRAHIMOVIC,
S. MALESIC,
M. H. VUCINIC,
M^{me} M. KAPETANOVIC,

*agente adjointe,
agente assistante,*

conseillers ;

– *pour les requérants*

MM. S. KREHO,
A. LEJLIC
A. LOZO,
I. MEHIC
A. KREHO,
H. LOZO,
M^{me} N. KISIC,

*conseils,**conseillers.*

La Cour a entendu en leurs déclarations M^{me} Ibrahimović et M. Lejlić.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

A. Le contexte

8. Après s'être déclarée indépendante de l'ex-RSFY en mars 1992, la Bosnie-Herzégovine fut le théâtre d'une guerre sanglante. Plus de 100 000 personnes furent tuées et plus de deux millions furent déplacées en conséquence du « nettoyage ethnique » pratiqué et de la violence s'étant généralisée dans le pays. De nombreux crimes furent commis, parmi lesquels ceux dont les requérants en l'espèce ont été reconnus coupables. Les principales parties au conflit étaient les forces locales suivantes : l'ARBH¹ (principalement constituée de Bosniaques² et soutenant le pouvoir central de Sarajevo), le HVO³ (principalement constitué de Croates) et la VRS⁴ (principalement constituée de Serbes). Le conflit prit fin en décembre 1995 avec l'entrée en vigueur de l'Accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine (« l'Accord de Dayton »). Aux termes de cet accord, la Bosnie-Herzégovine se compose de deux entités : la Fédération de Bosnie-Herzégovine et la Republika Srpska.

9. Face aux atrocités qui étaient alors perpétrées sur le territoire de l'ex-RSFY, le Conseil de sécurité de l'ONU créa une institution provisoire,

1. *Armija Republike Bosne i Hercegovine* (Armée de la République de Bosnie-Herzégovine).

2. Jusqu'à la guerre de 1992-1995, les Bosniaques étaient désignés par le terme « Musulmans ». Le terme « Bosniaques » (*Bošnjaci*) ne doit pas être confondu avec le terme « Bosniens » (*Bosanci*), communément utilisé pour désigner les citoyens de Bosnie-Herzégovine indépendamment de leur origine ethnique.

3. *Hrvatsko vijeće obrane* (Conseil de défense croate).

4. *Vojska Republike Srpske* (Armée de la Republika Srpska).

le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (« le TPIY »)⁵. En 2002, soucieux de faire en sorte que sa mission soit menée à bien, dans les délais prévus et en coordination avec les systèmes judiciaires internes de l'ex-Yougoslavie, le TPIY entreprit d'élaborer une stratégie de fin de mandat⁶. Cette stratégie fut approuvée tant par le Conseil de sécurité de l'ONU⁷ que par les autorités de la Bosnie-Herzégovine (qui adoptèrent les modifications nécessaires à la législation nationale et conclurent des accords avec le Haut-Représentant – administrateur international nommé en vertu de l'Accord de Dayton). Une composante essentielle de cette stratégie était l'établissement au sein de la Cour d'Etat de chambres compétentes pour connaître des crimes de guerre, composées de juges nationaux et de juges internationaux (paragraphe 34–36 ci-dessous).

B. Les faits concernant M. Maktouf

10. M. Maktouf est né en 1959 et réside en Malaisie.

11. Le 19 octobre 1993, il aida délibérément un tiers à enlever deux civils en vue de les échanger contre des membres de l'ARBH qui avaient été capturés par le HVO. Ces civils furent libérés quelques jours plus tard.

12. Le 11 juin 2004, le requérant fut arrêté.

13. Le 1^{er} juillet 2005, une chambre de première instance de la Cour d'Etat le jugea coupable du crime de guerre de complicité de prise d'otages et le condamna à cinq années d'emprisonnement en vertu de l'article 173 § 1 combiné avec l'article 31 du code pénal de 2003.

14. Le 24 novembre 2005, une chambre d'appel de la Cour d'Etat infirma le jugement du 1^{er} juillet 2005 et décida de tenir une nouvelle audience. Le 4 avril 2006, siégeant en une formation composée de deux juges internationaux (le juge Pietro Spera et le juge Finn Lynghjem) et d'un juge national (le juge Hilmo Vučinić), la chambre d'appel reconnut le requérant coupable des faits qui lui étaient reprochés et lui imposa la même peine en vertu du code pénal de 2003. Concernant la peine infligée, la chambre déclara ceci (traduction en français, effectuée par le greffe, de la traduction en anglais communiquée par la Cour d'Etat) :

« Considérant, d'une part, le degré de responsabilité pénale de l'accusé et les conséquences de l'infraction en cause, ainsi que le fait que l'accusé était complice de la commission de cette infraction pénale, et, d'autre part, les circonstances atténuantes jouant en faveur de l'accusé, la chambre a appliqué les dispositions relatives à l'allègement de la peine et a réduit autant que possible la peine prononcée,

5. Résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité du 25 mai 1993.

6. Voir le *Rapport sur la situation judiciaire du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et sur les perspectives de déférer certaines affaires devant les juridictions nationales* établi par le TPIY en juin 2002 (S/2002/678) et la déclaration du Président du Conseil de sécurité de l'ONU en date du 23 juillet 2002 (S/PRST/2002/21).

7. Résolution 1503 (2003) du Conseil de sécurité du 28 août 2003.

conformément à l'article 50 § 1 a) du [code pénal de 2003]. Elle a ainsi imposé une peine de cinq années d'emprisonnement, estimant que cette peine répondra pleinement à l'objectif de répression et dissuadera l'intéressé de commettre de nouvelles infractions pénales. »

15. Saisie par le requérant, la Cour constitutionnelle examina l'affaire le 30 mars 2007 sous l'angle des articles 5, 6, 7 et 14 de la Convention et conclut à la non-violation de ces dispositions. Cette décision fut notifiée au requérant le 23 juin 2007. Le raisonnement de la majorité est ainsi libellé en ses parties pertinentes (traduction du greffe) :

« 42. La Cour constitutionnelle rappelle que la [loi de 2000 sur la Cour d'Etat], dont le texte initial a été édicté par le Haut-Représentant puis approuvé par l'Assemblée parlementaire de la Bosnie-Herzégovine, dispose, en son article 65, que pendant la phase transitoire, qui ne peut durer plus de cinq ans, les formations des sections I (crimes de guerre) et II (crime organisé, criminalité économique et corruption) sont composées de juges nationaux et de juges internationaux. La division pénale et la division d'appel peuvent être composées de plusieurs juges internationaux. Ceux-ci ne doivent pas être citoyens de la Bosnie-Herzégovine ni d'un Etat limitrophe. Les juges internationaux siègent dans les formations de jugement conformément aux dispositions pertinentes du code de procédure pénale et de la loi de la Bosnie-Herzégovine sur la protection des témoins et des témoins vulnérables. Ils ne peuvent faire l'objet de poursuites pénales, d'une arrestation ou d'une détention, ni voir leur responsabilité civile engagée pour une opinion exprimée ou une décision prise dans le cadre de leurs fonctions officielles.

43. Le 24 février et le 28 avril 2005, le Haut-Représentant « (...) *agissant* dans l'exercice des pouvoirs [qui lui étaient conférés] par l'article V de l'Annexe 10 (Accord relatif au dispositif civil d'application de l'Accord de paix) à l'Accord-cadre général pour la paix en Bosnie-Herzégovine, (...) aux termes desquels il [était] chargé de faciliter, lorsqu'il le [jugerait] nécessaire, le règlement de tout problème lié à l'application des aspects civils (...), *notant* que le Comité directeur du Conseil de mise en œuvre de la paix [indiquait] dans son communiqué émis à Sarajevo le 26 septembre 2003 qu'il [avait] pris note de la résolution 1503 du Conseil de sécurité de l'ONU demandant notamment à la communauté internationale d'appuyer les efforts faits par le Haut-Représentant en vue de créer une chambre spéciale pour les crimes de guerre (...), *prenant note* de la recommandation conjointe de nomination de juges internationaux signée par le greffier (...) et par le Président du Conseil supérieur de la magistrature de la Bosnie-Herzégovine (...), et *ayant à l'esprit* les dispositions pertinentes de la [loi de 2000 sur la Cour d'Etat] », a rendu des décisions portant nomination de Finn Lynghjem et Pietro Spera à la section I (crimes de guerre) de la division pénale et de la division d'appel de la [Cour d'Etat] en qualité de juges internationaux.

44. En vertu des décisions de nomination prises selon cette procédure, les juges internationaux effectuent un mandat de deux ans qui peut être renouvelé conformément à la loi. Ils ne peuvent exercer de fonctions incompatibles avec leurs fonctions judiciaires. Toutes les autres obligations attachées à l'exercice des fonctions judiciaires énoncées dans la [loi de 2000 sur la Cour d'Etat] s'appliquent à eux dans toute la mesure du possible. Le greffier international avise le Haut-Représentant de toute circonstance de nature à empêcher le juge d'exercer son mandat. Au cours de son mandat, le juge respecte toutes les règles de déontologie édictées par la [Cour d'Etat]. Le juge international nommé exerce ses fonctions conformément aux lois de la Bosnie-Herzégovine et prend ses décisions au mieux de sa connaissance, en

conscience et de manière responsable et impartiale afin de faire régner l'état de droit et de protéger les droits et libertés individuels garantis par la Constitution de la Bosnie-Herzégovine et la Convention européenne des droits de l'homme.

(...)

46. La compétence des divisions de la [Cour d'Etat] où siègent des juges internationaux inclut indubitablement certaines matières dérivées du droit international. La nature supranationale du droit pénal international – qui a été reconnue par la jurisprudence des tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo, du Tribunal de la Haye et du Tribunal pour le Rwanda – s'étend aux juridictions pénales internationales, auxquelles on peut assurément assimiler les juridictions nationales où siègent un certain nombre de juges internationaux. Le Haut-Représentant a nommé les juges internationaux de la [Cour d'Etat] dans l'exercice des pouvoirs qui lui étaient conférés par les résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU adoptées en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations unies et conformément à la recommandation qui avait été formulée par le greffe en vertu de l'accord du 1^{er} décembre 2004 et qui était également signée par le Président du Conseil supérieur de la magistrature. Il est particulièrement important que le Conseil supérieur de la magistrature, organe indépendant compétent pour nommer les juges nationaux, ait participé à la procédure préalable à la nomination.

47. La Cour constitutionnelle conclut que les juges internationaux membres de la formation de jugement qui a rendu le verdict contesté avaient été nommés conformément à une procédure qui respectait les normes relatives à l'équité des procès découlant de l'article 6 de la Convention européenne. De plus, la [loi de 2000 sur la Cour d'Etat], l'accord du 1^{er} décembre 2004 et les décisions de nomination elles-mêmes avaient mis en place les conditions et mécanismes nécessaires pour assurer l'indépendance de ces juges face à toute ingérence ou influence de l'exécutif ou d'autorités internationales. Lesdits juges étaient en effet tenus de respecter et d'appliquer toutes les règles généralement applicables dans les procédures pénales nationales, lesquelles sont conformes aux normes internationales. Ils avaient un mandat déterminé, pendant la durée duquel leurs activités étaient contrôlées. Leur nomination était motivée par la nécessité d'établir des juridictions nationales, de les renforcer pendant la phase transitoire et de les aider à faire répondre de leurs actes les auteurs de violations graves des droits de l'homme et de crimes motivés par des considérations ethniques. Elle visait donc à assurer l'indépendance et l'impartialité du système judiciaire et la bonne administration de la justice. Même le fait que la procédure de nomination ait été modifiée par l'accord ultérieur du 26 septembre 2006, en vertu duquel la nomination des juges internationaux a été confiée au Conseil supérieur de la magistrature de la Bosnie-Herzégovine, n'implique pas automatiquement, en soi, que la manière dont ces juges étaient nommés au moment des verdicts contestés était contraire aux principes de garantie de l'indépendance des tribunaux au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne. La Cour constitutionnelle conclut que l'auteur du recours n'a pas présenté d'arguments ni d'éléments convaincants à l'appui de ses allégations relatives à un défaut d'indépendance des juges internationaux. Quant à ses allégations selon lesquelles le juge national était « insuffisamment expérimenté » et manquait ainsi d'indépendance, la Cour constitutionnelle considère qu'elles sont manifestement mal fondées et n'appellent pas un examen plus approfondi. Compte tenu de ce qui précède, la Cour constitutionnelle juge infondé le grief de l'auteur du recours consistant à dire que la formation de jugement manquait d'indépendance et qu'il y a donc eu méconnaissance des normes relatives à l'équité des procès consacrées par l'article II § 3 e) de la

Constitution de la Bosnie-Herzégovine et par l'article 6 de la Convention européenne et, partant, violation du droit à un procès équitable.

(...)

60. L'un des principaux arguments de l'auteur du recours concerne la relation entre la procédure pénale en cause et l'article 7 de la Convention européenne, à savoir le fait, comme il l'a souligné, qu'il a été condamné en vertu du [code pénal de 2003] et non du code qui était en vigueur au moment de l'infraction, le [code pénal de 1976], qui prévoyait une sanction plus clémente.

(...)

65. En l'espèce, l'auteur du recours admet qu'au regard des dispositions applicables au moment des faits les actes dont il a été reconnu coupable étaient constitutifs d'une infraction pénale lorsqu'il les a commis. Cependant, s'appuyant principalement sur la notion de « peine plus clémente », c'est-à-dire de « loi plus clémente », il dénonce l'application des dispositions du droit matériel qui a été faite dans son affaire. Il considère en effet que le [code pénal de 1976], qui était en vigueur lorsqu'il a commis l'infraction pénale dont il a été reconnu coupable et qui prévoyait notamment la peine de mort pour les formes les plus graves de cette infraction, est une loi plus clémente que le [code pénal de 2003], qui prévoit un emprisonnement de longue durée pour les formes les plus graves de la même infraction.

(...)

69. Dans ce contexte, la Cour constitutionnelle considère qu'il n'est tout simplement pas possible d'« éliminer » la sanction la plus sévère applicable en vertu de l'une et l'autre loi pour n'appliquer que les autres sanctions, plus clémentes, de sorte que les crimes les plus graves seraient en pratique insuffisamment punis. Cela étant, elle ne donnera pas de motifs détaillés et ne se livrera pas à une analyse approfondie de ces dispositions, mais se concentrera ici sur les exceptions aux obligations imposées par l'article 7 § 1 de la Convention européenne, ces exceptions étant régies, comme cela est communément admis, par l'article 7 § 2.

70. A cet égard, la Cour constitutionnelle note que l'article 7 § 2 de la Convention européenne renvoie aux « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », et que l'article III 3 b) de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine dispose que « [l]es principes généraux du droit international font partie intégrante du droit de la Bosnie-Herzégovine et des entités ». Il s'ensuit que ces principes font partie intégrante de l'ordre juridique de la Bosnie-Herzégovine, sans même que les conventions et autres documents régissant leur application aient été ratifiés, et que l'ordre juridique national inclut donc aussi le Statut du Tribunal international chargé de juger les personnes accusées de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie (1993).

71. De plus, la Cour constitutionnelle souligne que la Constitution de la Bosnie-Herzégovine s'inscrit dans le cadre d'un accord international et que, si cette circonstance n'amointrit pas son importance, elle montre clairement la place du droit international dans l'ordre juridique national, place qui est telle que plusieurs conventions internationales, notamment la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (1948) et la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (1949), et les Protocoles additionnels I et II (1977), ont le statut de principes constitutionnels et sont d'application directe en Bosnie-Herzégovine. A cet égard, il y a lieu de mentionner que l'ex-RSFY était signataire desdites conventions et que la Bosnie-Herzégovine, en tant que sujet de droit international reconnu ayant déclaré son indépendance le 6 mars

1992, a accepté tous les instruments ratifiés par l'ex-RSFY, dont les conventions susmentionnées, lesquelles ont par la suite été incorporées à l'Annexe 4 de l'Accord de Dayton, qui contient la Constitution de la Bosnie-Herzégovine.

72. Le libellé de l'article 7 § 1 de la Convention européenne ne vise que les cas où un individu est condamné pour une infraction. Il n'interdit pas l'application rétroactive des lois et ne consacre pas le principe *non bis in idem*. Il n'est pas non plus applicable aux cas tels que ceux visés dans la loi britannique de 1965 sur les dommages de guerre, qui a modifié avec effet rétroactif la règle de *common law* en vertu de laquelle la perte de biens privés en temps de guerre devait dans certaines circonstances donner lieu à une indemnisation.

73. La Cour constitutionnelle note que l'article 7 § 1 de la Convention européenne vise les infractions « d'après le droit national ou international ». Elle note aussi, en particulier, l'interprétation donnée de l'article 7 dans plusieurs textes relatifs à cette question, qui reposent sur la position de la Cour européenne selon laquelle une condamnation résultant d'une application rétroactive du droit national n'emporte pas violation de l'article 7 de la Convention européenne lorsque l'acte pour lequel l'intéressé est condamné était une infraction au regard du « droit international » au moment où il a été commis. Cette analyse est particulièrement pertinente en l'espèce (et dans d'autres affaires semblables), étant donné que le principal moyen du recours concerne l'application de règles de droit qui sont avant tout de nature internationale, à savoir les dispositions de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (1948), de la Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (1949) et des Protocoles additionnels I et II (1977), plutôt que l'application de tel ou tel texte de droit pénal, indépendamment de sa teneur et des sanctions qu'il prévoit.

74. De plus, en ce qui concerne l'application rétroactive de la loi pénale, la Cour constitutionnelle souligne que l'article 7 de la Convention européenne a été rédigé immédiatement après la Seconde Guerre mondiale, et que ses auteurs avaient pour intention d'englober les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées, notion reprise de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice (CIJ), dont la jurisprudence est généralement considérée comme la troisième source formelle du droit international. En d'autres termes, le Statut de la CIJ est applicable aux Etats qui y sont parties, et les règles qu'il énonce sont considérées comme une source de droit et s'appliquent même aux autorités internes. Tant le Statut de la Cour internationale de Justice que l'article 7 de la Convention européenne dépassent le cadre du droit national, et visent les « nations » en général. Dès lors, la Cour constitutionnelle estime que les normes régissant leur application doivent être recherchées dans ce contexte, et non pas simplement dans un cadre national.

75. La Cour constitutionnelle note par ailleurs qu'il ressort des travaux préparatoires de la Convention européenne que le libellé du paragraphe 2 de l'article 7 a pour but de « préciser que cet article n'affecte pas les lois qui, dans les circonstances tout à fait exceptionnelles qui se sont produites à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, ont été passées pour réprimer les crimes de guerre et les faits de trahison et de collaboration avec l'ennemi et ne vise à aucune condamnation juridique ou morale de ces lois » (*X c. Belgique*, n° 268/57, Annuaire 1 (1957), comparer avec *De Becker c. Belgique* n° 214/56, Annuaire 2, p. 214 (1958)). En réalité, le libellé de l'article 7 de la Convention européenne n'est pas limitatif et doit être interprété de manière dynamique, de façon à englober d'autres actes qui impliquent un comportement immoral généralement reconnu comme criminel dans les différents droits nationaux. C'est eu égard à ce qui précède que la loi britannique de 1991 sur les crimes de guerre confère aux juridictions britanniques une compétence rétroactive pour connaître de

certains crimes (assassinat, homicide volontaire ou involontaire) commis en territoire occupé par l'Allemagne pendant la Seconde Guerre mondiale.

76. De l'avis de la Cour constitutionnelle, les considérations qui précèdent confirment que les crimes de guerre sont des « infractions d'après le droit international », eu égard au caractère universel de la compétence en matière de poursuites, de sorte que, si des condamnations étaient prononcées pour de tels actes en vertu d'une loi qui les aurait qualifiés *a posteriori* d'infractions pénales passibles de sanctions alors même qu'ils n'auraient pas été constitutifs d'infractions en vertu du droit applicable au moment de leur commission, ces condamnations ne seraient pas contraires à l'article 7 § 1 de la Convention européenne. Le 4 mai 2000, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu sa décision dans l'affaire *Naletilić c. République de Croatie* (n° 51891/99), dans laquelle le requérant, accusé par le Bureau du Procureur du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie d'avoir commis des crimes de guerre sur le territoire de la Bosnie-Herzégovine, formulait des griefs identiques à ceux présentés par l'auteur du recours dans la présente affaire, c'est-à-dire qu'il demandait l'application de « la loi la plus clémente ». Arguant que le code pénal de la République de Croatie prévoyait une sanction pénale plus clémente que celle du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, il soutenait que l'application du Statut aurait emporté violation de l'article 7 de la Convention européenne. Dans sa décision, la Cour européenne des droits de l'homme, examinant la question de l'application de l'article 7, a dit ceci : « Quant à l'argument du requérant selon lequel il risquerait de se voir infliger une peine plus lourde par le TPIY que par les tribunaux internes si ces derniers menaient à terme la procédure engagée contre lui, la Cour relève que, même à supposer que l'article 7 de la Convention entre en jeu en l'espèce, c'est le paragraphe 2 et non le paragraphe 1 de cette disposition qui serait applicable. Cela signifie que la seconde phrase de l'article 7 § 1, qu'invoque le requérant, ne trouverait pas à s'appliquer. Il s'ensuit que cette partie de la requête est (...) manifestement mal fondée (...) et doit dès lors être rejetée (...). »

77. Enfin, la Cour constitutionnelle souligne que les procès tenus à Nuremberg et à Tokyo respectivement en 1945 et en 1946, après la Seconde Guerre mondiale, concernaient des actes qui n'ont été définis comme crimes de guerre, crimes contre l'humanité, crimes de génocide, etc. qu'après leur commission, à savoir dans la Convention de Genève. C'est à ce moment que la guerre d'agression a été érigée en « crime international », comme l'a confirmé la Commission du droit international dans son annuaire de 1957 (vol. II). A cette époque aussi, des discussions ont eu lieu au sujet du principe *nullum crimen nulla poena sine lege*. Il en est allé de même au moment de l'adoption du Statut du Tribunal international chargé de juger les personnes accusées d'avoir commis des violations graves du droit international humanitaire sur le territoire de l'ex-Yougoslavie (en 1993).

78. Il est tout à fait clair que la notion de responsabilité pénale individuelle pour des actes contraires à la Convention de Genève ou au droit national est très étroitement liée à celle de protection des droits de l'homme, car les conventions de protection des droits de l'homme et les autres conventions adoptées dans ce domaine concernent le droit à la vie, le droit à l'intégrité physique et psychique, l'interdiction de l'esclavage et de la torture, l'interdiction de la discrimination, etc. De l'avis de la Cour constitutionnelle, une absence de protection des victimes, autrement dit des sanctions insuffisantes pour les criminels, ne semble pas compatible avec le principe d'équité et l'état de droit consacrés à l'article 7 de la Convention européenne, dont le paragraphe 2 permet en pareil cas de déroger à la règle énoncée au paragraphe 1.

79. Au vu de ce qui précède, et eu égard à l'application de l'article 4a du [code pénal de 2003] combiné avec l'article 7 § 1 de la Convention européenne, la Cour constitutionnelle conclut qu'en l'espèce l'application du [code pénal de 2003] dans la procédure menée devant la [Cour d'Etat] n'a pas emporté violation de l'article 7 § 1 de la Convention européenne. »

16. L'opinion dissidente du juge Mato Tadić, jointe à cette décision, est ainsi libellée en ses passages pertinents (traduction du greffe) :

« En vertu de l'article 41 § 2 du règlement de la Cour constitutionnelle de la Bosnie-Herzégovine (*Journal officiel de la Bosnie-Herzégovine* n° 60/50), je livre ici mon opinion dissidente, dans laquelle j'expose les raisons pour lesquelles je ne puis souscrire à l'avis exprimé par la majorité des juges de la Cour constitutionnelle de la Bosnie-Herzégovine dans cette décision :

(...)

A mon avis, les juridictions internes devraient appliquer la loi la plus clément, en l'occurrence celle qui était en vigueur lorsque l'infraction pénale a été commise. Il n'est pas aisé de dire quelle loi est la plus clément, et cette question de droit est bien plus complexe qu'il n'y paraît. Compte tenu d'une dizaine de critères élaborés au fil de la doctrine et de la pratique, on peut conclure qu'en l'espèce la peine prévue est un facteur essentiel de détermination de la loi la plus clément. Etant donné que la même infraction pénale était prévue (à l'article 142 du [code pénal de 1976]) dans la législation pénale de l'ex-Yougoslavie, dont la Bosnie-Herzégovine a hérité en vertu de son ordonnance de 1992 et qui prévoyait une peine de cinq ans d'emprisonnement ou la peine de mort [selon les cas], tandis que le nouveau texte appliqué en l'espèce (l'article 173 du [code pénal de 2003]) prévoit une peine d'emprisonnement de dix ans ou de longue durée, la question essentielle qui se pose est celle de savoir laquelle des deux lois est la plus clément. A première vue, le [code pénal de 2003] semble plus clément puisqu'il ne prévoit pas la peine de mort. Cependant, compte tenu, premièrement, du fait qu'à la suite de l'entrée en vigueur des Accords de Washington et de la Constitution de la Fédération de la Bosnie-Herzégovine en 1994, la peine de mort a été abolie, ce que n'a fait que confirmer la Constitution de la Bosnie-Herzégovine à partir de 1995, et, deuxièmement, de la position des juridictions ordinaires de la Bosnie-Herzégovine, des entités et du district de Brčko (Cour suprême de la Fédération de Bosnie-Herzégovine, Cour suprême de la Republika Srpska et Cour d'appel du district de Brčko) selon laquelle la peine de mort ne devait pas être prononcée (position qui fut également celle de la Chambre des droits de l'homme dans l'affaire *Damjanović et Herak c. Fédération de Bosnie-Herzégovine*), il apparaît que la loi de 1992 est plus clément. En effet, au regard des règles normatives et de la jurisprudence susmentionnées, la peine maximale pouvant être prononcée pour cette infraction est une peine de vingt ans d'emprisonnement.

La référence faite à l'article 7 § 2 de la Convention européenne est sans pertinence en l'espèce. Cette disposition vise essentiellement à fournir une base légale pour la poursuite des violations des Conventions de Genève devant les instances internationales établies pour connaître de tels faits, par exemple les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie ou le Rwanda, et pour le jugement par les juridictions internes d'affaires dans lesquelles la législation interne n'avait pas érigé en infractions pénales les actes en cause. En d'autres termes, cette disposition s'applique lorsque le législateur n'avait pas prévu tous les éléments constitutifs des infractions visées dans les Conventions de Genève. Ce n'est pas de cela qu'il s'agit en l'espèce. L'infraction pénale en question était prévue par la législation interne, aussi bien quand elle a été commise qu'au moment du procès, et par conséquent tous les

mécanismes du droit pénal et tous les droits garantis par la Constitution doivent être appliqués de manière cohérente, y compris les droits garantis par la Convention européenne. L'affaire *Naletelić* n'est pas pertinente ici, car il s'agissait de poursuites dirigées par un procureur international contre [le requérant dans cette affaire] devant un tribunal international institué dans un cadre spécial et investi de pouvoirs définis par la résolution des Nations unies et par son Statut. Ce tribunal n'applique pas le droit national mais ses propres procédures et ses propres peines et sanctions. S'il en allait autrement, très peu d'accusés répondraient à ses convocations. Je suis donc d'avis que la position de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Naletelić* était totalement fondée mais qu'elle n'est pas applicable à la présente affaire.

J'estime qu'il est absolument inutile ici de se référer longuement à telle ou telle juridiction internationale ou aux aspects qui lui sont spécifiques, tels sa compétence, car la présente affaire concerne simplement un procès tenu devant une juridiction interne conformément au droit national, et non une affaire déférée à un tribunal international.

Pour l'essentiel, la décision *Naletelić* traite de procès historiques (Nuremberg, Tokyo) et, de manière générale, d'un aspect international qui est totalement dépourvu de pertinence en l'espèce car, comme je l'ai souligné ci-dessus, l'infraction pénale en cause existait dans notre législation nationale et, lorsqu'elle a été commise, la sanction correspondante était déjà prévue, ce qui n'était pas le cas dans le procès de Nuremberg. Cela n'a du reste pas été contesté par l'auteur du recours. C'est même ce dernier qui a souligné que les faits qui lui étaient reprochés étaient déjà constitutifs d'une infraction pénale passible de sanctions en droit interne au moment de leur commission, et il ne demande que l'application des dispositions correspondantes. Il soutient également que l'application par les juges du [code pénal de 2003] et non de l'article 142 du [code pénal de 1976] hérité [de l'ex-Yougoslavie] a emporté violation de la Constitution et de l'article 7 § 1 de la Convention européenne.

Pour rester bref, je rappellerai l'opinion de M. Antonio Cassese, éminent professeur de l'Université d'Etat de Florence, qui fut nommé Président du Tribunal pénal international de La Haye. Dans un document de 2003 intitulé *Opinion on the Possibility of Retroactive Application of Some Provisions of the New Criminal Code of Bosnia and Herzegovina* [Opinion sur la possibilité d'une application rétroactive de certaines dispositions du nouveau code pénal de Bosnie-Herzégovine], il formulait la conclusion suivante : « Enfin, en ce qui concerne la question de savoir si la [Cour d'Etat] devrait appliquer la sanction la plus clémente aux infractions pour lesquelles le nouveau code pénal prévoit une peine plus lourde que celle prévue par l'ancienne loi, je voudrais dire ceci : la réponse à cette question ne peut être que oui. Cette conclusion repose sur deux fondements juridiques : premièrement, il existe un principe général de droit international selon lequel, si une même infraction est prévue dans deux dispositions successives dont l'une impose une peine moins sévère, la peine prononcée devrait être déterminée en vertu du principe *favor libertatis* ; deuxièmement, ce principe est expressément mentionné à l'article 7 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui énonce qu'il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Dès lors, la [Cour d'Etat] devrait toujours appliquer la peine la plus clémente lorsqu'il y a une différence de durée entre les peines prévues respectivement par l'ancienne et par la nouvelle disposition pénale. Il est clair que l'application rétroactive du code pénal est liée à la peine et non à d'autres éléments de cet article. »

(...)

Pour ces raisons, je n'ai pas pu souscrire pleinement à l'avis de la majorité exposé dans la présente décision. »

17. Peu après avoir achevé de purger sa peine le 12 juin 2009, le requérant quitta le pays.

C. Les faits concernant M. Damjanović

18. M. Damjanović est né en 1966. Il purge toujours sa peine à la prison de Foča.

19. Le 2 juin 1992, pendant la guerre de Bosnie-Herzégovine, il joua un rôle important dans le passage à tabac pendant une à trois heures de Bosniaques capturés à Sarajevo. Les violences furent infligées au moyen de fusils, de gourdins, de bouteilles, de coups de pied et de coups de poing. Les victimes furent ensuite emmenées dans un camp d'internement.

20. Le 17 octobre 2005, s'estimant mieux à même de protéger les témoins (qui risquaient davantage de faire l'objet d'intimidations au niveau de l'entité) et consciente du caractère sensible du dossier (il s'agissait d'actes de torture pratiqués sur un grand nombre de victimes), une chambre d'instruction de la Cour d'Etat décida de retirer l'affaire au tribunal cantonal de Sarajevo, devant lequel elle était pendante depuis des années. Elle s'appuya sur les critères énoncés au paragraphe 40 ci-après et sur l'article 449 du code de procédure pénale de 2003.

21. Le 26 avril 2006, le requérant fut arrêté.

22. Le 18 juin 2007, une chambre de première instance de la Cour d'Etat le déclara coupable du crime de guerre de torture et le condamna à onze années d'emprisonnement en vertu de l'article 173 § 1 du code pénal de 2003. Ce jugement fut confirmé par une chambre d'appel de la Cour d'Etat le 19 novembre 2007. L'arrêt de la chambre d'appel fut notifié au requérant le 21 décembre 2007.

23. Le 20 février 2008, le requérant forma un recours constitutionnel, qui fut rejeté pour tardiveté le 15 avril 2009.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS ET LES DOCUMENTS INTERNATIONAUX PERTINENTS

A. Le droit matériel applicable aux affaires de crimes de guerre

1. *Les principes généraux*

24. En vertu de ses pouvoirs d'urgence⁸, le Bureau du Haut-Représentant a édicté le 24 janvier 2003 le code pénal de 2003. Entré en vigueur le 1^{er} mars 2003, ce code a ensuite été approuvé par l'Assemblée parlementaire de la Bosnie-Herzégovine⁹. En son article 3, il dispose que nul ne peut se voir imposer une peine ou une autre sanction pénale pour un acte qui, lorsqu'il a été commis, n'était pas constitutif d'une infraction pénale en droit national ou international et pour lequel aucune peine n'était prévue par la loi. De plus, en vertu de l'article 4 de ce code, la loi appliquée à l'auteur de l'infraction pénale est celle qui était en vigueur au moment de la commission des faits qui lui sont reprochés mais, si la loi a été modifiée entre-temps, c'est la loi la plus clémentaire pour lui qui s'applique. En janvier 2005, le législateur a ajouté l'article 4a au code pénal de 2003. Comme l'article 7 § 2 de la Convention, cette disposition énonce que les articles 3 et 4 du code ne portent pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux du droit international.

25. Conformément à ces principes, les juridictions internes appliquent, dans les affaires de crimes de guerre, soit le code pénal de 1976¹⁰, soit, s'il est jugé plus clément pour l'auteur des faits, le code pénal de 2003. Les codes intermédiaires des entités (le code pénal de 1998¹¹, de la Fédération de Bosnie-Herzégovine et le code pénal de 2000¹² de la Republika Srpska) n'ayant que rarement, voire jamais, été appliqués dans ce type de cas, ils sont sans pertinence aux fins de la présente affaire.

8. Pour plus d'informations sur ces pouvoirs, aussi appelés « pouvoirs de Bonn », voir l'*Avis sur la situation constitutionnelle en Bosnie-Herzégovine et les pouvoirs du Haut représentant* adopté par la Commission de Venise (avis n° 308/2004 du 11 mars 2005, document CDL-AD(2005)004).

9. Journal officiel de la Bosnie-Herzégovine, n°s 3/03, 37/03, 32/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07 et 8/10.

10. Journal officiel de la République socialiste fédérative de Yougoslavie, n°s 44/76, 36/77, 56/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90 et 45/90.

11. Journal officiel de la Fédération de Bosnie-Herzégovine, n°s 43/98, 2/99, 15/99, 29/00, 59/02 et 19/03.

12. Journal officiel de la Republika Srpska, n°s 22/00, 33/00 et 37/01.

2. *Le code pénal de 1976*

26. Pendant la guerre de Bosnie-Herzégovine, le code pénal de 1976 était en vigueur dans tout le pays. Il est demeuré en vigueur en Fédération de Bosnie-Herzégovine jusqu'en 1998 et en Republika Srpska jusqu'en 2000 (année au cours de laquelle il a été abrogé et remplacé par les codes des entités mentionnés au paragraphe 25 ci-dessus). En vertu de ce code, les crimes de guerre étaient passibles d'une peine d'emprisonnement de cinq à quinze ans ou, pour les faits les plus graves, de la peine de mort ; une peine de vingt ans d'emprisonnement pouvait aussi être imposée au lieu de la peine de mort (articles 37, 38 et 142 du code). Les complices de crimes de guerre (cas de M. Maktouf) devaient en principe être sanctionnés de la même manière que s'ils en avaient été les auteurs, mais il était aussi possible de réduire leur peine pour la ramener à un an d'emprisonnement (articles 24, 42 et 43 du code). Les articles pertinents en l'espèce sont ainsi libellés :

Article 24 § 1

« Quiconque aide intentionnellement un tiers à commettre un acte criminel est puni de la même manière que s'il avait lui-même commis l'acte en question ; cependant la peine peut aussi être réduite. »

Article 37 § 2

« La peine de mort ne peut être prononcée que pour les actes criminels les plus graves et si elle est prévue par la loi. »

Article 38 §§ 1 et 2

« La durée de la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure à quinze jours ni supérieure à quinze ans.

Le juge peut infliger une peine d'emprisonnement d'une durée de vingt ans pour les actes criminels passibles de la peine de mort. »

Article 42

« Le juge peut infliger une peine inférieure à la peine minimale prévue par la loi ou une sanction moins sévère :

- a) lorsque la loi prévoit que la peine peut être réduite [comme à l'article 24 § 1 du code] ;
- b) lorsqu'il conclut à l'existence de circonstances atténuantes indiquant que le but punitif de la sanction peut être atteint par une peine inférieure. »

Article 43 § 1

« Lorsque sont réunies les conditions permettant la réduction de peine visée à l'article 42 du présent code, le juge réduit la peine dans les limites suivantes :

- a) si la peine minimale prévue pour l'acte incriminé est d'au moins trois ans d'emprisonnement, la peine peut être ramenée à un an ;

(...)»

Article 142 § 1

« Quiconque, en violation des règles du droit international en vigueur en temps de guerre, de conflit armé ou d'occupation, ordonne ou commet (...) des actes de torture, (...) une prise d'otages, (...) est puni d'une peine d'emprisonnement de cinq ans au minimum ou de la peine de mort. »

27. Depuis l'entrée en vigueur de l'Accord de Dayton le 14 décembre 1995, il n'est plus possible de prononcer la peine de mort. En particulier, les annexes 4 et 6 de l'accord stipulent que la Bosnie-Herzégovine et ses entités doivent garantir à toutes les personnes placées sous leur juridiction les droits et libertés reconnus dans la Convention et les protocoles y relatifs (y compris le Protocole n° 6 concernant l'abolition de la peine de mort) et dans les autres accords internationaux énumérés dans ces annexes (dont le Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort). Les autorités internes ont toujours considéré que ces dispositions signifiaient que nul ne pouvait être condamné à mort ou exécuté en temps de paix, pas même pour des infractions pénales commises pendant la guerre de 1992-1995¹³.

3. *Le code pénal de 2003*

28. Le code pénal de 2003 punit les crimes de guerre de peines d'emprisonnement allant de dix à vingt ans et les crimes les plus graves de peines d'emprisonnement de longue durée allant de vingt à quarante-cinq ans (articles 42 et 173). Les complices de crimes de guerre (cas de M. Maktouf) doivent être punis de la même manière que s'ils étaient eux-mêmes les auteurs des faits, mais leur peine peut aussi être ramenée à cinq ans d'emprisonnement (articles 31, 49 et 50 du code). Les articles pertinents sont ainsi libellés :

Article 31 § 1

« Quiconque aide intentionnellement un tiers à commettre un acte criminel est puni de la même manière que s'il avait lui-même commis l'acte en question ; cependant la peine peut aussi être réduite. »

Article 42 §§ 1 et 2

« La durée de la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure à trente jours ni supérieure à vingt ans.

13. Voir la décision CH/97/69 du 12 juin 1998 rendue par la chambre des droits de l'homme dans l'affaire *Herak* et la décision Kž-58/99 du 16 mars 1999 rendue par la Cour suprême de la Fédération de Bosnie-Herzégovine dans une affaire de génocide (où une peine de quarante ans d'emprisonnement a été ramenée à une peine de vingt ans).

Pour les actes criminels les plus graves commis délibérément, une peine allant de vingt à quarante-cinq ans d'emprisonnement (emprisonnement de longue durée) peut exceptionnellement être infligée. »

Article 49

« Le juge peut infliger une peine inférieure à la peine minimale prévue par la loi ou une sanction moins sévère :

- a) lorsque la loi prévoit que la peine peut être réduite [comme à l'article 31 § 1 du code] ;
- b) lorsqu'il conclut à l'existence de circonstances atténuantes indiquant que le but punitif de la sanction peut être atteint par une peine inférieure. »

Article 50 § 1

« Lorsque sont réunies les conditions permettant la réduction de peine visée à l'article 49 du présent code, le juge réduit la peine dans les limites suivantes :

- a) si la peine minimale prévue pour l'acte incriminé est d'au moins dix ans d'emprisonnement, la peine peut être ramenée à cinq ans ;
- (...) »

Article 173 § 1

« Quiconque, en violation des règles du droit international en vigueur en temps de guerre, de conflit armé ou d'occupation, ordonne ou commet (...) des actes de torture, (...) une prise d'otages, (...) est puni d'une peine d'emprisonnement de dix ans au minimum ou d'une peine d'emprisonnement de longue durée. »

4. *Les pratiques en matière d'infliction des peines*

29. Dans des affaires de crimes de guerre, les juridictions des entités et la Cour d'Etat ont interprété de différentes manières les principes exposés au paragraphe 24 ci-dessus. A quelques exceptions près¹⁴, les juridictions des entités appliquent en principe le code de 1976. Pour sa part, la Cour d'Etat a dans un premier temps appliqué le code de 2003 dans toutes les affaires, estimant qu'il était toujours plus clément. En mars 2009, elle a toutefois commencé à suivre une nouvelle approche consistant à déterminer au cas par cas lequel des codes était plus clément pour l'auteur de l'infraction¹⁵. Depuis, elle applique le code de 1976 aux cas les moins graves de crimes de guerre¹⁶ et continue d'appliquer le code de 2003 aux cas les plus graves, qui concernent des faits passibles de la peine de mort en

14. Voir, par exemple, l'arrêt *Vlahovljak* de septembre 2008, dans lequel la Cour suprême de la Fédération de Bosnie-Herzégovine a appliqué le code de 2003.

15. Décision X-KRŽ-06/299 du 25 mars 2009 (affaire *Kurtović*).

16. Décisions X-KRŽ-09/847 du 14 juin 2011 (affaire *Novalić*), X-KRŽ-07/330 du 16 juin 2011 (affaire *Mihaljević*), S1 1 K 002590 11 Krž4 du 1^{er} février 2012 (affaire *S.L.*), S1 1 K 005159 11 Kžk du 18 avril 2012 (affaire *Aškraba*) et S1 1 K 003429 12 Kžk du 27 juin 2012 (affaire *Osmić*).

vertu du code de 1976¹⁷, et à chaque fois qu'elle juge que, pour une autre raison, le code de 2003 est plus clément pour l'auteur de l'infraction¹⁸. Il y a lieu de noter que cette nouvelle approche ne concerne que les chambres d'appel de la Cour d'Etat ; les chambres de première instance continuent pour leur part d'appliquer le code de 2003 à toutes les affaires de crimes de guerre. Selon les chiffres communiqués par le Gouvernement (paragraphe 63 ci-dessous), les chambres d'appel ont rendu vingt et une décisions dans des affaires de crimes de guerre entre mars 2009 (début de l'application par la Cour d'Etat de sa nouvelle approche) et novembre 2012. Elles ont appliqué le code de 1976 dans cinq affaires et le code de 2003 dans les seize autres. Cependant, l'application par une chambre d'appel du code de 1976 n'a pas toujours abouti à une réduction de la peine (dans deux affaires¹⁹, la chambre d'appel a infligé en vertu du code de 1976 la même peine que celle prononcée par la chambre de première instance en vertu du code de 2003 ; dans une affaire²⁰, elle a même imposé en vertu du code de 1976 une peine plus lourde que celle infligée par la chambre de première instance en vertu du code de 2003).

5. Commentaires formulés par diverses institutions internationales de défense des droits de l'homme

30. Il semblerait que l'application décrite au paragraphe précédent de différents codes pénaux dans les affaires de crimes de guerre ait donné lieu à différentes pratiques en matière d'infliction des peines. Selon un rapport publié en 2008 par l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), intitulé *Moving towards a Harmonised Application of the Law Applicable in War Crimes Cases before Courts in Bosnia and Herzegovina* (Vers une application harmonisée du droit applicable aux affaires de crimes de guerre devant les juridictions compétentes en Bosnie-Herzégovine), les juridictions des entités imposeraient généralement des peines plus légères que la Cour d'Etat. Ce rapport se lit ainsi en sa partie pertinente en l'espèce (traduction du greffe) :

« L'application de différents codes pénaux conduit aussi à des différences marquées entre les peines infligées pour crimes de guerre par les juridictions de l'Etat d'une part et par celles des entités d'autre part. Cette situation découle des différences importantes existant entre les peines applicables en vertu des différents codes. Par exemple, une juridiction d'une entité a condamné un accusé reconnu coupable de traitements cruels à l'égard de prisonniers à une peine d'emprisonnement d'un an et huit mois alors que la Cour d'Etat a condamné un autre accusé auquel étaient

17. Décisions X-KRŽ-06/431 du 11 septembre 2009 (affaire *Kapić*) et X-KRŽ-07/394 du 6 avril 2010 (affaire *Đukić*).

18. Décisions X-KRŽ-08/488 du 29 janvier 2009 (affaire *Vrdoljak*) et X-KRŽ-06/243 du 22 septembre 2010 (affaire *Lazarević*).

19. Décisions X-KRŽ-06/299 du 25 mars 2009 (affaire *Kurtović*) et S1 1 K 002590 11 Krž4 du 1^{er} février 2012 (affaire *S.L.*).

20. Décision X-KRŽ-09/847 du 14 juin 2011 (affaire *Novalić*).

reprochés des actes similaires à une peine d'emprisonnement de dix ans et demi. En moyenne, les peines imposées par la [Cour d'Etat] dans les affaires de crimes de guerre sont près de deux fois plus lourdes que celles infligées par les juridictions des entités. »

31. Dans un rapport de 2011 intitulé *Delivering Justice in Bosnia and Herzegovina* (Rendre la justice en Bosnie-Herzégovine), l'OSCE estimait que l'application de différents codes pénaux au niveau de l'Etat d'une part et des entités d'autre part pouvait être problématique pour certains types d'affaires de crimes de guerre. En sa partie pertinente en l'espèce, ce rapport est ainsi libellé (traduction du greffe) :

« Certes, on peut admettre que la question de savoir quel code pénal appliquer dans les affaires de crimes de guerre soit appréciée au cas par cas. Dans bien des affaires jugées par les juridictions des entités, l'application du code [de 1976] ne constitue pas un problème grave en pratique. En général, l'application de différents codes porte atteinte au principe de l'égalité devant la loi dans les affaires dans lesquelles, en se fondant sur le code [de 2003], le juge pourrait condamner l'accusé à une peine supérieure à la peine maximale de quinze ou vingt ans prévue par le code [de 1976]. Dans ces affaires, on peut dire que l'application du code [de 1976] ne permet pas aux juges d'imposer une peine proportionnée à la gravité des crimes commis et, en outre, que les peines ne sont pas harmonisées avec celles prononcées en pratique au niveau national. Une autre catégorie d'affaires dans lesquelles l'application du code [de 1976] est problématique est celle des affaires où la conduite de l'accusé relèverait plutôt de la notion de crime contre l'humanité ou de la théorie de la responsabilité du commandement, qui ne sont expressément prévues que dans le code [de 2003]. »

32. Dans ses *Observations finales concernant le deuxième rapport périodique de la Bosnie-Herzégovine* (CCPR/C/BIH/CO/2, 13 novembre 2012), le Comité des droits de l'homme des Nations unies a exprimé des préoccupations analogues (au paragraphe 7) :

« Le Comité donne acte à l'État partie de ses initiatives visant à régler les affaires de crimes de guerre, comme la mise en œuvre de la Stratégie nationale de poursuite des faits de crimes de guerre, mais il est toujours préoccupé par la lenteur avec laquelle les dossiers progressent, en particulier les affaires de violences sexuelles, et par le fait que les victimes de tels crimes ne reçoivent aucun soutien. Le Comité note aussi avec préoccupation que rien n'est fait pour essayer d'harmoniser la jurisprudence dans les affaires de crimes de guerre entre les Entités et que les tribunaux des Entités appliquent le Code pénal, aujourd'hui archaïque, de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie lequel, entre autres choses, ne contient pas de dispositions relatives à la définition des crimes contre l'humanité, à la responsabilité des supérieurs hiérarchiques, à l'esclavage sexuel et aux grossesses forcées. Le Comité craint que cela ne nuise à la cohérence des jugements entre les Entités (art. 2 et 14).

L'État partie devrait accélérer les poursuites dans les affaires de crimes de guerre. Il devrait également continuer à assurer un soutien psychologique adéquat aux victimes de violences sexuelles, en particulier pendant le déroulement des procès. Il devrait de plus veiller à ce que les autorités judiciaires dans toutes les Entités s'efforcent activement d'harmoniser la jurisprudence dans les affaires de crimes de guerre et à ce que pour les inculpations de crimes de guerre, ce ne soit pas l'ancien Code pénal de l'ancienne République fédérative socialiste de Yougoslavie qui s'applique étant donné

que celui-ci ne reconnaît pas certaines infractions comme constitutives de crimes contre l'humanité. »

33. Dans son *Avis sur la sécurité juridique et l'indépendance du pouvoir judiciaire en Bosnie-Herzégovine* (avis n° 648/2011 du 18 juin 2012), la Commission de Venise a estimé que l'existence de plusieurs ordres juridiques différents et la fragmentation du système judiciaire faisaient qu'il était difficile pour la Bosnie-Herzégovine de satisfaire, notamment, aux exigences de cohérence de sa législation et de sa jurisprudence.

B. La Cour d'Etat

34. En vertu de ses pouvoirs d'urgence, le Bureau du Haut-Représentant a édicté le 12 novembre 2000 la loi de 2000 sur la Cour d'Etat²¹ portant création de la juridiction du même nom. Entrée en vigueur le 8 décembre 2000, cette loi a ensuite été approuvée par l'Assemblée parlementaire de la Bosnie-Herzégovine.

35. Dans le cadre de la stratégie de fin de mandat du TPIY mentionnée au paragraphe 9 ci-dessus, des chambres compétentes pour connaître des crimes de guerre ont été instituées au sein de la Cour d'Etat au début de l'année 2005. Pendant une phase transitoire qui a pris fin le 31 décembre 2012, ces chambres comprenaient des juges internationaux. Au début, ceux-ci étaient nommés par le Bureau du Haut-Représentant en vertu d'un accord conclu en 2004 avec les autorités de la Bosnie-Herzégovine²², pour un mandat de deux ans renouvelable. Les passages pertinents d'une décision type de nomination d'un juge international se lisent ainsi :

« (...)

Prenant note de la recommandation conjointe de nomination d'un juge international en date du 22 avril 2005, signée par le greffier des sections I (crimes de guerre) et II (crime organisé, criminalité économique et corruption) de la division pénale et de la division d'appel de la [Cour d'Etat] ainsi que [des sections spéciales du bureau du procureur de la Bosnie-Herzégovine], par le Président de la [Cour d'Etat] et par le Président du Conseil supérieur de la magistrature de la Bosnie-Herzégovine ;

Le Haut-Représentant rend la présente décision portant nomination d'un juge international à la section I (crimes de guerre) de la division pénale et de la division d'appel de la [Cour d'Etat].

1. Conformément à l'article 65 § 4, tel que modifié, de la [loi de 2000 sur la Cour d'Etat], est nommé juge international à la section I (crimes de guerre) de la division pénale et de la division d'appel de la [Cour d'Etat]

Pietro Spera

21. Une version consolidée de cette loi a été publiée au Journal officiel de la Bosnie-Herzégovine n° 49/09, les modifications ont été publiées aux n°s 74/09 et 97/09 du Journal officiel.

22. Journal officiel de la Bosnie-Herzégovine, Recueil des traités internationaux, n°s 12/04, 7/05 et 8/06.

2. Le mandat initial (...) d'une durée de deux ans est renouvelable en vertu de la [loi de 2000 sur la Cour d'Etat]. Le [juge nommé] est tenu de résider en Bosnie-Herzégovine pendant toute la durée de son mandat et ne peut exercer aucune autre fonction qui serait incompatible avec ses fonctions judiciaires ou susceptible de l'empêcher de les exercer à plein temps. Toutes les autres obligations attachées à l'exercice des fonctions judiciaires énoncées dans la [loi de 2000 sur la Cour d'Etat] s'appliquent dans la mesure où elles sont pertinentes (...)

3. Le greffier international des sections I (crimes de guerre) et II (crime organisé, criminalité économique et corruption) de la division pénale et de la division d'appel de la [Cour d'Etat] et [des sections spéciales du parquet] avise le Haut-Représentant de toute circonstance, notamment de l'existence d'éléments visés au paragraphe 2 [ci-dessus], de nature à empêcher le [juge nommé] d'exercer son mandat. En cas de démission du [juge nommé] ou d'incapacité de celui-ci à exercer son mandat jusqu'à son terme, le Haut-Représentant nomme un successeur pour la durée restante du mandat susmentionné.

4. Au cours de son mandat, le [juge nommé] suivra tous les programmes de formation, conformément aux directives du Président de la [Cour d'Etat], et respectera toutes les règles de déontologie édictées par la [Cour d'Etat].

5. Le [juge nommé] exercera ses fonctions conformément à la Constitution et aux lois de la Bosnie-Herzégovine, prendra ses décisions au mieux de sa connaissance, en conscience, de manière responsable et impartiale afin de faire régner l'état de droit, et protégera les droits et libertés individuels garantis par la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme. Il s'y engagera dans une déclaration solennelle qu'il fera devant le président du Conseil supérieur de la magistrature de la Bosnie-Herzégovine avant sa prise de fonctions, laquelle interviendra au plus tard le 6 mai 2005.

6. La présente décision prend effet immédiatement ; elle sera publiée sans délai au Journal officiel de la Bosnie-Herzégovine. »

36. En septembre 2006, le Bureau du Haut-Représentant et la Bosnie-Herzégovine ont révisé la procédure de nomination des juges internationaux à la Cour d'Etat²³ : depuis lors, ceux-ci sont nommés, également pour un mandat renouvelable de deux ans, par un organe professionnel spécialisé, le Conseil supérieur de la magistrature de la Bosnie-Herzégovine.

C. Compétence en matière de crimes de guerre

37. Les affaires nationales de crimes de guerre se répartissent en deux catégories.

38. Les anciennes affaires (c'est-à-dire celles ayant fait l'objet d'un dépôt de plainte avant le 1^{er} mars 2003) relèvent de la compétence des juridictions des entités si elles ont donné lieu à un acte d'accusation confirmé avant le 1^{er} mars 2003. Dans le cas contraire, elles continuent de relever de la compétence des juridictions des entités, à moins que la Cour

23. Journal officiel de la Bosnie-Herzégovine, Recueil des traités internationaux, n^{os} 93/06 et 3/07.

d'Etat ne décide de s'en saisir en vertu des critères énoncés au paragraphe 40 ci-dessous (article 449 du code de procédure pénale de 2003²⁴).

39. Les affaires récentes (c'est-à-dire celles ayant fait l'objet d'un dépôt de plainte après le 1^{er} mars 2003) relèvent de la compétence de la Cour d'Etat, qui peut cependant les transférer à la juridiction d'entité compétente en vertu des critères énoncés au paragraphe 40 ci-dessous (article 27 du code de procédure pénale de 2003).

40. En vertu du code des règles relatives à l'examen des crimes de guerre (28 décembre 2004)²⁵, la Cour d'Etat était en principe compétente pour connaître : a) des affaires concernant des faits de génocide, d'extermination, de meurtres multiples, de viol et autres agressions sexuelles graves commises de manière systématique (par exemple dans des camps), de réduction en esclavage, de torture, de persécution systématique et généralisée ou de détention en masse dans des camps, b) des affaires où les accusés étaient d'anciens ou d'actuels membres de la hiérarchie militaire, dirigeants politiques, membres de l'ordre judiciaire ou officiers de police gradés, des commandants de camp, des personnes connues pour des faits graves, contemporains ou passés, ou des violeurs récidivistes, c) des affaires dans lesquelles des témoins avaient participé aux exactions ou étaient soupçonnés d'y avoir participé, d) des affaires dans lesquelles il y avait un risque d'intimidation des témoins et e) des affaires dans lesquelles les auteurs des exactions devaient être jugés dans une région où l'opinion leur était favorable ou dans lesquelles les autorités avaient intérêt à empêcher l'examen public des crimes perpétrés. Tous les autres crimes de guerre relevaient en principe de la compétence des juridictions des entités. En décembre 2008, les autorités adoptèrent la Stratégie nationale sur les crimes de guerre, dans le cadre de laquelle étaient prévus, entre autres choses, de nouveaux critères. Ceux-ci sont toutefois quasiment identiques à ceux exposés ci-dessus.

D. La réouverture d'un procès pénal

41. L'article 327 du code de procédure pénale de 2003 dispose qu'un procès pénal peut être rouvert en faveur de l'accusé lorsque la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'il y avait eu violation des droits de l'homme pendant le procès et que le verdict reposait sur cette violation. Les demandes de réouverture du procès ne sont soumises à aucun délai. Elles peuvent même être introduites alors que la peine a déjà été purgée (article 329 § 2 du code).

24. Journal officiel de la Bosnie-Herzégovine, n^{os} 3/03, 36/03, 32/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09 et 93/09.

25. *Pravilnik o pregledu predmeta ratnih zločina*, KTA-RZ 47/04-1. Le Gouvernement a communiqué à la Cour une copie de ce document.

En vertu de l'article 333 § 4 du code, un nouveau procès ne peut pas conduire à un alourdissement du verdict initial (interdiction de la *reformatio in peius*).

E. Le droit international humanitaire

42. En vertu des Conventions de Genève de 1949 (voir, par exemple, l'article 146 de la Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre), les Hautes Parties contractantes doivent prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves définies dans ces conventions. Pour autant, les inculpés doivent bénéficier de garanties de procédure et de libre défense qui ne soient pas inférieures à celles prévues par la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre.

43. Aux termes de l'article 99 de la Convention relative au traitement des prisonniers de guerre, aucun prisonnier de guerre ne peut être poursuivi ou condamné pour un acte qui n'est pas expressément réprimé par la législation de la Puissance détentrice ou par le droit international en vigueur au jour où cet acte a été commis. La règle de la non-rétroactivité des délits et des peines figure aussi, en des termes quasi identiques, dans les Protocoles additionnels I (article 75 § 4 c)) et II (article 6 § 2 c)) de 1977. L'article 75 § 4 c) du Protocole I est ainsi libellé :

« Nul ne sera accusé ou condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international qui lui était applicable au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier. »

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

44. Invoquant l'article 6 § 1 de la Convention, le premier requérant, M. Maktouf, se plaint de ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable devant un tribunal indépendant. Il estime que, du fait notamment que deux de ses membres avaient été nommés par le Bureau du Haut-Représentant pour un mandat renouvelable de deux ans, la juridiction qui l'a jugé n'était pas indépendante au sens de ladite disposition. En ses passages pertinents, l'article 6 § 1 est ainsi libellé :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement (...) par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (...) du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. (...) »

A. Thèses des parties

1. *Le Gouvernement*

45. S'appuyant sur la décision *Berić et autres c. Bosnie-Herzégovine* (n^{os} 36357/04 *et autres*, CEDH 2007-XII), le Gouvernement soutient que la Bosnie-Herzégovine ne peut être tenue pour responsable de la conduite du Haut-Représentant. Il invite donc la Cour à déclarer ce grief irrecevable pour incompatibilité *ratione personae* avec les dispositions de la Convention. Il ajoute que si la Cour devait se déclarer compétente *ratione personae* pour connaître de ce grief, elle devrait le juger manifestement mal fondé. A cet égard, il argue que la Convention n'impose pas que les juges soient nommés à vie, comme l'illustrerait l'affaire *Sramek c. Autriche* (22 octobre 1984, série A n^o 84), dans laquelle la Cour aurait considéré qu'un mandat renouvelable de trois ans était suffisant. Il ajoute que les membres internationaux de la Cour d'Etat ont été nommés juges dans leur pays d'origine par des organes indépendants puis détachés à la Cour d'Etat dans le cadre d'une démarche d'assistance internationale à la Bosnie-Herzégovine, dévastée par la guerre.

2. *Le requérant*

46. Le requérant répond à ces arguments que la Bosnie-Herzégovine est tenue d'organiser son système juridique de manière à garantir l'indépendance de l'ordre judiciaire. Il estime que, même si l'on tient compte de la possibilité de renouvellement prévue, la courte durée (deux ans) du mandat des juges internationaux fait peser un doute sérieux sur l'aptitude de ces derniers à rendre des décisions en toute indépendance. Il ajoute, sans citer de références précises, qu'en vertu de critères communément admis, les mandats d'une durée inférieure à six ans n'offrent pas une garantie satisfaisante d'indépendance des juges. Il souligne en outre que les juges internationaux de la Cour d'Etat étaient nommés, à l'époque, par le Bureau du Haut-Représentant, organe qui, d'après lui, s'apparente à un gouvernement national. Compte tenu de ces éléments, il conclut que le tribunal qui l'a jugé n'était pas indépendant au sens de l'article 6 § 1 de la Convention.

3. *Le tiers intervenant*

47. Dans ses observations de novembre 2012, le Bureau du Haut-Représentant déclare que la présence de juges internationaux au sein de la Cour d'Etat visait à favoriser l'indépendance et l'impartialité de cette

instance ainsi que le transfert des compétences juridiques requises. Il indique aussi que ses décisions concernant la nomination des juges internationaux étaient une formalité due au fait que jusqu'à la fin de l'année 2006 il n'y avait aucune autorité interne compétente pour nommer des magistrats étrangers (paragraphe 36 ci-dessus). Quant à la durée du mandat de ces juges, il explique qu'elle tenait à des restrictions de financement concernant le redéploiement des membres étrangers de l'ordre judiciaire, les projections et les restrictions budgétaires ayant empêché à l'époque, selon lui, de garantir le financement de ces postes pendant plus de deux ans. Enfin, il déclare que les mandats des juges internationaux étaient dûment encadrés par des règles et que les juges en question ne pouvaient pas être démis de leurs fonctions de manière arbitraire.

B. Appréciation de la Cour

48. La Cour note d'emblée que l'établissement au sein de la Cour d'Etat de chambres spécialisées dans les affaires de crimes de guerre composées à la fois de juges nationaux et de juges internationaux était une initiative d'institutions internationales (paragraphe 9 ci-dessus). Cela étant, elle n'est pas appelée en l'espèce à déterminer si l'Etat défendeur peut néanmoins être tenu pour responsable de la violation alléguée de l'article 6 § 1 de la Convention, ce grief étant de toute façon, pour les raisons indiquées ci-dessous, manifestement mal fondé.

49. A titre d'observation générale, la Cour rappelle que lorsqu'elle a eu à déterminer, dans de précédentes affaires, si un organe pouvait passer pour « indépendant » – notamment à l'égard de l'exécutif et des parties – elle a tenu compte de facteurs tels que le mode de désignation et la durée du mandat de ses membres, l'existence d'une protection contre les pressions extérieures et le point de savoir s'il y avait ou non apparence d'indépendance (voir, par exemple, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, 28 juin 1984, § 78, série A n° 80, et *Brudnicka et autres c. Pologne*, n° 54723/00, § 38, CEDH 2005-II). L'inamovibilité des juges en cours de mandat est généralement considérée comme un corollaire de leur indépendance et, partant, comme l'une des exigences de l'article 6 § 1 (*Campbell et Fell*, précité, § 80). Même si la notion de séparation des pouvoirs exécutif et judiciaire a pris une importance grandissante dans la jurisprudence de la Cour (*Stafford c. Royaume-Uni* [GC], n° 46295/99, § 78, CEDH 2002-IV), la nomination de juges par l'exécutif ou par le législateur est admissible, pourvu que les juges ainsi nommés soient libres de toute pression ou influence lorsqu'ils exercent leur rôle juridictionnel (*Flux c. Moldova* (n° 2), n° 31001/03, § 27, 3 juillet 2007).

50. Pour en venir à la présente affaire, la Cour note que l'indépendance du membre national de la formation ayant jugé le requérant n'est pas contestée. En ce qui concerne les membres internationaux de cette

formation, elle estime qu'il n'y a pas de raison de douter qu'ils fussent indépendants à l'égard des organes politiques de la Bosnie-Herzégovine et des parties à l'affaire. Leur nomination s'était en effet inscrite, notamment, dans la perspective d'un renforcement de l'apparence d'indépendance des chambres de la Cour d'Etat chargées de juger les crimes de guerre (étant donné qu'il demeurait à l'issue du conflit des préjugés et une animosité interethniques au sein de la population) et d'une restauration de la confiance du public dans le système judiciaire national.

51. La Cour ne voit pas non plus de raison de douter que les membres internationaux de la Cour d'Etat fussent indépendants à l'égard du Bureau du Haut-Représentant, même s'ils avaient été nommés par lui. Les décisions de nomination étaient en effet prises sur recommandation des plus hautes personnalités judiciaires du pays (voir la décision reproduite au paragraphe 35 ci-dessus) et, comme les juges nationaux, dont l'indépendance n'est pas contestée, les juges internationaux devaient, une fois nommés, faire une déclaration solennelle devant le Conseil supérieur de la magistrature de la Bosnie-Herzégovine et ils étaient tenus d'exercer leurs fonctions judiciaires conformément au droit national et de respecter les règles de déontologie fixées par la Cour d'Etat. Toutes les obligations attachées à l'exercice des fonctions judiciaires telles qu'énoncées dans la loi de 2000 sur la Cour d'Etat s'appliquaient à eux par analogie (paragraphe 35 ci-dessus). En outre, ces juges étaient des magistrats professionnels dans leurs pays d'origine respectifs et ils étaient détachés à la Cour d'Etat, ce qui constituait une garantie supplémentaire contre les pressions extérieures. Certes, leur mandat était relativement court, mais cette circonstance est compréhensible compte tenu de la nature provisoire que revêtait la présence de membres internationaux à la Cour d'Etat et du fonctionnement des détachements internationaux.

52. Dans ce contexte, la Cour ne voit pas de raisons de remettre en question la conclusion à laquelle la Cour constitutionnelle de la Bosnie-Herzégovine est parvenue dans cette affaire, à savoir que la Cour d'Etat était indépendante au sens de l'article 6 § 1 de la Convention (paragraphe 15 ci-dessus ; voir, *a contrario*, *Henryk Urban et Ryszard Urban c. Pologne*, n° 23614/08, §§ 45-53, 30 novembre 2010).

53. Partant, la Cour estime que ce grief est manifestement mal fondé et qu'il doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 7 DE LA CONVENTION

54. Sur le terrain de l'article 7 de la Convention, les deux requérants se plaignent de s'être vu appliquer une loi pénale plus sévère que celle qui était

applicable au moment de la commission des infractions pénales dont ils ont été reconnus coupables. L'article 7 est ainsi libellé :

« 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. »

A. Remarque liminaire

55. Les violations graves du droit international humanitaire relevant de la compétence de la Cour d'Etat peuvent être classées en deux catégories. Certains crimes, notamment les crimes contre l'humanité, ne sont prévus dans le droit national que depuis 2003. Pour des faits relevant de cette catégorie, la Cour d'Etat et les juridictions des entités n'ont donc pas d'autre choix que d'appliquer le code pénal de 2003 (voir les documents internationaux cités aux paragraphes 31 et 32 ci-dessus). A cet égard, la Cour rappelle que dans l'affaire *Šimšić c. Bosnie-Herzégovine* ((déc.), n° 51552/10, 10 avril 2012), où le requérant se plaignait d'avoir été reconnu coupable en 2007 de crimes contre l'humanité pour des actes commis en 1992, elle a examiné ce grief, notamment sous l'angle de l'article 7 de la Convention, et l'a déclaré manifestement mal fondé, estimant dépourvu de pertinence le fait que les crimes contre l'humanité ne constituaient pas des infractions d'après le droit national pendant la guerre de 1992-1995 puisqu'ils constituaient clairement des infractions au regard du droit international à cette époque. Cela étant, les crimes de guerre perpétrés par les requérants en l'espèce constituaient bien des infractions pénales au regard du droit national au moment où ils ont été commis. La présente affaire soulève donc des questions entièrement différentes de celles de l'affaire *Šimšić*.

B. Sur la recevabilité

56. Le Gouvernement soutient que le grief de M. Damjanović doit être déclaré irrecevable, l'intéressé n'ayant pas introduit de recours constitutionnel dans les délais prévus. Il ne soulève aucune exception quant à la recevabilité du grief de M. Maktouf.

57. M. Damjanović rétorque qu'une procédure devant la Cour constitutionnelle n'aurait pas constitué un recours effectif relativement à son grief, une telle procédure ne présentant pas selon lui des perspectives raisonnables de succès (il s'appuie à cet égard sur la décision rendue par la

Cour constitutionnelle dans l'affaire *Maktouf*, où la haute juridiction a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 7, et sur plusieurs autres affaires ultérieures dans lesquelles le même raisonnement a été appliqué).

58. La Cour rappelle que la règle de l'épuisement des voies de recours internes énoncée à l'article 35 § 1 de la Convention impose aux requérants l'obligation d'utiliser en premier lieu les recours qu'offre le système juridique de leur pays. Les Etats n'ont donc pas à répondre de leurs actes devant la Cour européenne avant d'avoir eu la possibilité de redresser la situation dans leur ordre juridique interne. Cette règle se fonde sur l'hypothèse que l'ordre interne offre un recours effectif quant à la violation alléguée. Il incombe au Gouvernement excipant du non-épuisement de convaincre la Cour qu'un recours était effectif et disponible, tant en théorie qu'en pratique, à l'époque des faits, autrement dit qu'il était accessible et qu'il était susceptible d'offrir au requérant un redressement effectif et suffisant de ses griefs. Cependant, une fois cela démontré, c'est au requérant qu'il revient d'établir que le recours évoqué par le Gouvernement a en fait été employé ou bien que, pour une raison quelconque, il n'était ni adéquat ni effectif compte tenu des faits de la cause, ou encore que certaines circonstances particulières dispensaient le requérant de l'exercer (voir, entre autres références, *Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, §§ 65-69, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, *Mirazović c. Bosnie-Herzégovine* (déc.), n° 13628/03, 6 mai 2006, et *Scoppola c. Italie* (n° 2) [GC], n° 10249/03, §§ 68-71, 17 septembre 2009).

59. La Cour note que, le 30 mars 2007, la Cour constitutionnelle de la Bosnie-Herzégovine a conclu dans l'affaire *Maktouf*, où les circonstances étaient quasiment identiques à celles de l'affaire *Damjanović*, qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 7 de la Convention, et qu'elle a depuis lors appliqué le même raisonnement dans de nombreuses affaires. De fait, le Gouvernement n'a produit aucune décision où la Cour constitutionnelle aurait conclu à la violation de l'article 7 dans une affaire analogue. De plus, la Cour d'Etat a cité dans l'affaire *Damjanović* la décision rendue par la Cour constitutionnelle dans l'affaire *Maktouf*.

60. La Cour conclut donc qu'un recours constitutionnel n'aurait pas présenté des perspectives raisonnables de succès relativement au grief formulé par M. Damjanović sur le terrain de l'article 7 de la Convention. Partant, elle rejette l'exception soulevée par le Gouvernement à cet égard. Constatant que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention et qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité, elle le déclare recevable.

C. Sur le fond

1. Thèses des parties

a) Les requérants

61. Les requérants affirment que la prohibition de l'application rétroactive du droit pénal au détriment de l'accusé est une règle bien établie tant en droit international qu'en droit national. Ils considèrent que, plus sévère que celui de 1976 en ce qui concerne les peines minimales applicables aux faits de crime de guerre, le code pénal de 2003 n'aurait pas dû leur être appliqué. Citant à l'appui de cette thèse quelques affaires dans lesquelles la Cour d'Etat aurait considéré que le code de 1976 était plus clément (paragraphe 29 ci-dessus), ils reprochent à cette juridiction de ne pas avoir appliqué ce code de manière cohérente. Ils estiment par ailleurs que leurs condamnations ont été prononcées uniquement sur la base du droit national et que dès lors la référence faite par le Gouvernement aux « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » visés à l'article 7 § 2 est trompeuse. Ils soutiennent que leur affaire se distingue de celles évoquées par le Gouvernement et par le tiers intervenant (*S.W. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, série A n° 335-B, et *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n°s 34044/96, 35532/97 et 44801/98, CEDH 2001-II). L'affaire *S.W.*, notamment, aurait concerné un phénomène d'élaboration progressive du droit pénal par une ligne de jurisprudence qui se serait développée sur plusieurs années et qui aurait cherché à tenir compte de l'évolution de la société. Cette situation serait clairement différente de l'adoption d'une nouvelle loi prévoyant des peines plus lourdes pour certaines infractions pénales, comme ce serait le cas en l'espèce. Les requérants ajoutent que les Etats doivent s'abstenir de changer leurs lois à la suite de tel ou tel événement pour punir les personnes y ayant trempé, aussi critiquables que puissent être les actes commis.

b) Le Gouvernement

62. Citant la décision *Karmo c. Bulgarie* (n° 76965/01, 9 février 2006), le Gouvernement soutient que le code pénal de 2003 était plus clément pour les requérants que le code pénal de 1976, puisqu'il ne prévoyait pas la peine de mort. Il argue à cet égard que la Cour constitutionnelle de la Bosnie-Herzégovine a exprimé le même avis en l'espèce (paragraphe 15 ci-dessus). Il ajoute que même si le code de 2003 n'avait pas été plus clément pour les requérants, il aurait néanmoins été justifié de le leur appliquer, pour les raisons suivantes. Premièrement, l'article 7 § 2 de la Convention ménagerait une exception à la règle de la non-rétroactivité des délits et des peines énoncée à l'article 7 § 1 (le Gouvernement cite à l'appui de cette thèse la décision *Naletilić c. Croatie*, n° 51891/99, CEDH 2000-V). En d'autres termes, selon le Gouvernement, si au moment de sa commission, l'action

était criminelle tant d'après les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » que d'après le droit national, une peine plus lourde que celle applicable en droit national au moment des faits pourrait être imposée. Or il serait clair que les actes commis par les requérants dans la présente affaire étaient criminels en vertu des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ». Dès lors, la règle de la non-rétroactivité des peines ne s'appliquerait pas à leur cas et il aurait été possible de leur imposer n'importe quelle peine. Deuxièmement, l'intérêt de la justice commanderait d'écarter le principe de non-rétroactivité dans la présente affaire (le Gouvernement renvoie sur ce point aux arrêts *S.W.* et *Streletz, Kessler et Krenz*, précités, et à l'obligation que ferait le droit international humanitaire de punir de manière adéquate les auteurs de crimes de guerre). Le Gouvernement considère en effet que ce principe ne doit pas être appliqué avec rigidité, certaines situations historiques exigeant selon lui qu'on lui apporte des tempéraments, de manière à ne pas porter atteinte au principe d'équité.

63. En ce qui concerne la question de savoir si la Cour d'Etat a modifié sa pratique en matière d'infliction des peines dans les affaires de crimes de guerre, le Gouvernement admet que le code de 1976 a été appliqué à diverses reprises depuis mars 2009 (paragraphe 29 ci-dessus). Il affirme toutefois que c'est toujours le code de 2003 qui est appliqué dans la plupart des affaires. Ainsi, la Cour d'Etat aurait rendu 102 décisions entre mars 2009 et novembre 2012 (59 en chambre de première instance et 43 en chambre d'appel). Dans ces décisions, les chambres de première instance auraient toujours appliqué le code de 2003, et les chambres d'appel l'auraient appliqué dans toutes les affaires de crimes contre l'humanité et de génocide. Dans les affaires de crimes de guerre, les chambres d'appel auraient appliqué le code de 1976 dans cinq affaires et le code de 2003 dans seize affaires. Le Gouvernement désapprouve l'approche adoptée dans les cinq affaires susmentionnées et estime que la Cour d'Etat aurait dû appliquer le code de 2003 dans toutes les affaires de crimes de guerre.

c) Le tiers intervenant

64. Les observations communiquées par le Bureau du Haut-Représentant en novembre 2012 vont dans le même sens que celles du Gouvernement. En particulier, le Bureau du Haut-Représentant estime, comme le Gouvernement, que les actes commis par les requérants dans la présente affaire étaient criminels d'après les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » et que, par conséquent, la règle de la non-rétroactivité des peines ne s'applique pas en l'espèce. Il souligne également que, bien que le code de 2003 ait été appliqué dans cette affaire, les peines des requérants s'inscrivent tant dans la fourchette prévue par le code de 1976 que dans celle prévue par le code de 2003. Enfin, il renvoie aux *Observations finales concernant le deuxième rapport périodique de la*

Bosnie-Herzégovine du Comité des droits de l'homme des Nations unies (CCPR/C/BIH/CO/1) citées au paragraphe 32 ci-dessus.

2. *Appréciation de la Cour*

65. La Cour rappelle d'emblée qu'elle n'a pas pour tâche d'examiner in abstracto la question de savoir si l'application rétroactive du code de 2003 dans les affaires de crimes de guerre est, en soi, incompatible avec l'article 7 de la Convention. Cette question doit être examinée au cas par cas compte tenu des circonstances propres à chaque affaire et, notamment, du point de savoir si les juridictions internes ont appliqué la loi dont les dispositions étaient les plus favorables à l'accusé (*Scoppola*, précité, § 109).

66. Les principes généraux concernant l'article 7 ont été récemment rappelés dans l'arrêt *Kononov c. Lettonie* ([GC], n° 36376/04, § 185, CEDH 2010) :

« La garantie que consacre l'article 7, élément essentiel de la prééminence du droit, occupe une place primordiale dans le système de protection de la Convention, comme l'atteste le fait que l'article 15 n'y autorise aucune dérogation en cas de guerre ou d'autre danger public. Ainsi qu'il découle de son objet et de son but, on doit l'interpréter et l'appliquer de manière à assurer une protection effective contre les poursuites, condamnations et sanctions arbitraires. L'article 7 ne se borne donc pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au désavantage de l'accusé : il consacre aussi, d'une manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, notamment par analogie. Il en résulte qu'une infraction doit être clairement définie par la loi. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale.

La notion de « droit » (« *law* ») utilisée à l'article 7 correspond à celle de « loi » qui figure dans d'autres articles de la Convention, celle-ci englobant le droit écrit comme non écrit et impliquant des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité. En ce qui concerne la prévisibilité, la Cour rappelle que, aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation. D'ailleurs, il est solidement établi dans la tradition juridique de certains Etats parties à la Convention que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal. On ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible (*Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], n^{os} 34044/96, 35532/97 et 44801/98, § 50, CEDH 2001-II, *K.-H.W. c. Allemagne* [GC], n° 37201/97, § 85, CEDH 2001-II, *Jorgic c. Allemagne*, n° 74613/01, §§ 101-109, CEDH 2007-IX, et *Korbely c. Hongrie* [GC], n° 9174/02, §§ 69-71, 19 septembre 2008). »

67. Quant au cas d'espèce, la Cour observe que la définition des crimes de guerre est la même à l'article 142 § 1 du code pénal de 1976, qui était

applicable lorsque les infractions ont été commises, et à l'article 173 § 1 du code pénal de 2003, qui a été appliqué de manière rétroactive dans la présente affaire (paragraphe 26 et 28 ci-dessus). De plus, les requérants ne nient pas que leurs actes étaient constitutifs d'infractions pénales définies avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité au moment où ils les ont commis. La régularité du verdict de culpabilité n'est donc pas ici en cause.

68. Cependant, la Cour note aussi que les deux codes pénaux prévoient des éventails de peines différents pour les crimes de guerre. En vertu du code de 1976, les crimes de guerre étaient passibles d'une peine d'emprisonnement de cinq à quinze ans ou, pour les cas les plus graves, de la peine de mort (article 142 § 1 combiné avec les articles 37 § 2 et 38 § 1 du code). Une peine de vingt ans d'emprisonnement pouvait aussi être imposée au lieu de la peine de mort (article 38 § 2). Les complices de crimes de guerre, comme M. Maktouf, devaient être punis comme s'ils étaient eux-mêmes les auteurs des crimes en question, mais leur peine pouvait aussi être ramenée à un an d'emprisonnement (article 42 combiné avec les articles 24 § 1 et 43 § 1). En vertu du code de 2003, les crimes de guerre sont punis d'une peine d'emprisonnement de dix à vingt ans ou, pour les cas les plus graves, d'une peine d'emprisonnement de longue durée de vingt à quarante-cinq ans (article 173 § 1 combiné avec l'article 42 §§ 1 et 2). Les complices de crimes de guerre, comme M. Maktouf, doivent être punis comme s'ils étaient eux-mêmes les auteurs des crimes en question, mais leur peine peut être ramenée à cinq ans d'emprisonnement (article 49 combiné avec les articles 31 § 1 et 50 § 1). Tout en indiquant que la peine de l'intéressé devait être ramenée au minimum possible (paragraphe 14 ci-dessus), la Cour d'Etat a condamné M. Maktouf à cinq ans d'emprisonnement, peine minimale que prévoyait le code de 2003. Si elle avait appliqué le code de 1976, elle aurait pu le condamner à un an d'emprisonnement. M. Damjanović a pour sa part été condamné à une peine de onze ans d'emprisonnement, légèrement supérieure à la peine minimale de dix ans. Si elle avait appliqué le code de 1976, la Cour d'Etat aurait pu imposer une peine de cinq ans seulement.

69. En ce qui concerne l'argument du Gouvernement consistant à dire que le code de 2003 était plus clément pour les requérants que le code de 1976 dès lors qu'il ne prévoyait pas la peine de mort, la Cour observe que seuls les cas les plus graves de crimes de guerre étaient passibles de la peine de mort en vertu du code de 1976 (paragraphe 26 ci-dessus). Ni l'un ni l'autre des requérants n'ayant été reconnu pénalement responsable du moindre décès, les infractions pour lesquelles ils ont été condamnés ne relevaient clairement pas de cette catégorie. De fait, ainsi que la Cour l'a observé ci-dessus, M. Maktouf s'est vu infliger la peine la plus légère possible en vertu du code de 2003 et M. Damjanović une peine tout juste supérieure à la peine minimale fixée par le même code pour les crimes de

guerre. Dans ces conditions, il est particulièrement important en l'espèce de déterminer quel était le code le plus clément quant à la peine minimale, et c'est sans conteste celui de 1976. Pareille approche a d'ailleurs été adoptée au moins par certaines des chambres d'appel de la Cour d'Etat dans des affaires récentes (paragraphe 29 ci-dessus).

70. Il est vrai que les peines imposées aux requérants en l'espèce s'inscrivaient aussi bien dans la fourchette prévue par le code pénal de 1976 que dans celle prévue par le code pénal de 2003. On ne peut donc pas dire avec certitude que l'un ou l'autre se serait vu infliger une peine plus légère si l'ancien code avait été appliqué au lieu du nouveau (voir, *a contrario*, *Jamil c. France*, 8 juin 1995, série A n° 317-B, *Gabbari Moreno c. Espagne*, n° 68066/01, 22 juillet 2003, et *Scoppola*, précité). Le point crucial, cependant, est que les intéressés auraient pu se voir imposer des peines plus légères si le code de 1976 leur avait été appliqué. Ainsi que la Cour l'a relevé au paragraphe 65 ci-dessus, la Cour d'Etat a indiqué, lorsqu'elle a prononcé la peine de M. Maktouf, que cette peine devait être ramenée au minimum fixé par le code de 2003. De même, M. Damjanović s'est vu infliger une peine proche de la peine minimale. Il y a lieu de noter en outre que, dans l'approche qu'elles ont adoptée dans certaines affaires de crimes de guerre plus récentes (paragraphe 29 ci-dessus), les chambres d'appel de la Cour d'Etat, considérant justement qu'il convenait d'appliquer les dispositions les plus clémentes pour la fixation des peines, ont choisi de faire usage du code de 1976 plutôt que de celui de 2003. Partant, dès lors qu'il existe une possibilité réelle que l'application rétroactive du code de 2003 ait joué au détriment des requérants en ce qui concerne l'infliction de la peine, on ne saurait dire que ceux-ci aient bénéficié, conformément à l'article 7 de la Convention, de garanties effectives contre l'imposition d'une peine plus lourde.

71. La Cour ne peut accepter la thèse du Gouvernement selon laquelle on trouve dans l'affaire *Karmo* (décision précitée) des éléments pertinents pour l'appréciation de la présente espèce. Les deux affaires sont très différentes l'une de l'autre. Alors que les requérants en l'espèce ont été condamnés à des peines d'emprisonnement relativement courtes, le requérant dans l'affaire *Karmo* avait été condamné à mort. Dans cette dernière affaire, la question était de savoir s'il était contraire à l'article 7 de commuer cette peine en une peine d'emprisonnement à vie à la suite de l'abolition de la peine de mort en 1998. La Cour a considéré que tel n'était pas le cas et elle a rejeté pour défaut manifeste de fondement le grief tiré de l'article 7.

72. La Cour ne peut pas non plus souscrire à l'argument du Gouvernement consistant à dire que si, au moment de sa commission, une action était criminelle d'après les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », au sens de l'article 7 § 2 de la Convention, la règle de la non-rétroactivité des délits et des peines ne trouve pas à s'appliquer.

Cet argument ne cadre pas avec les travaux préparatoires, d'où il ressort que l'article 7 § 1 peut être considéré comme exposant la règle générale de la non-rétroactivité et que l'article 7 § 2 n'est qu'une précision contextuelle du volet de cette règle relatif à la responsabilité, ajoutée pour lever tout doute concernant la validité des poursuites engagées après la Seconde Guerre mondiale contre les auteurs d'exactions commises pendant cette guerre (*Kononov*, précité, § 186). Ainsi, il est clair que les auteurs de la Convention n'avaient pas l'intention de ménager une exception générale à la règle de la non-rétroactivité. La Cour a d'ailleurs dit dans plusieurs affaires que les deux paragraphes de l'article 7 étaient liés et devaient faire l'objet d'une interprétation concordante (voir, par exemple, *Tess c. Lettonie* (déc.), n° 34854/02, 12 décembre 2002, et *Kononov*, précité, § 186).

73. La Cour ne peut davantage admettre la référence faite à cet égard par le Gouvernement aux affaires *S.W.* et *Streletz, Kessler et Krenz* (précitées). La présente affaire ne concerne pas une question d'élaboration progressive du droit pénal par l'interprétation judiciaire, comme c'était le cas dans l'affaire *S.W.* Elle n'a pas non plus trait à une pratique de l'Etat qui ne serait pas conforme à son droit écrit ou non écrit. Dans l'affaire *Streletz, Kessler et Krenz*, les actes des requérants étaient, au moment de leur commission, constitutifs d'infractions définies avec suffisamment d'accessibilité et de prévisibilité par le droit pénal de la République démocratique allemande, mais les dispositions correspondantes étaient restées inappliquées jusqu'au changement de régime en 1990.

74. La Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner en détail l'argument supplémentaire du Gouvernement selon lequel l'obligation que ferait le droit international humanitaire de sanctionner de manière adéquate les crimes de guerre commanderait d'écarter la règle de la non-rétroactivité des délits et des peines en l'espèce. Il suffit d'observer que cette règle figure aussi dans les Conventions de Genève et leurs Protocoles additionnels (paragraphe 43 ci-dessus). De plus, dès lors que les peines des requérants s'inscrivaient tant dans la fourchette prévue par le code de 1976 que dans celle prévue par le code pénal de 2003, la Cour juge manifestement infondé l'argument du Gouvernement consistant à dire que l'ancien code n'aurait pas permis de punir les intéressés de manière adéquate.

75. Enfin, si la Cour admet en principe que, comme le plaide le Gouvernement, les Etats sont libres de décider de leur propre politique pénale (*Achour c. France* [GC], n° 67335/01, § 44, CEDH 2006-IV, et *Ould Dah c. France* (déc.), n° 13113/03, CEDH 2009), il n'en reste pas moins qu'ils doivent respecter ce faisant les règles énoncées à l'article 7.

D. Conclusion

76. Partant, la Cour considère qu'il y a eu violation de l'article 7 de la Convention dans les circonstances particulières de l'espèce. Cette

conclusion doit être comprise comme signifiant non pas que des peines plus légères auraient dû être imposées, mais simplement que pour ce qui est de la fixation des peines ce sont les dispositions du code de 1976 qui auraient dû être appliquées aux requérants.

III. SUR LE GRIEF DE DISCRIMINATION

77. Enfin, les requérants soutiennent, sans entrer dans le détail, que le fait que leurs affaires respectives ont été jugées par la Cour d'Etat alors que bien d'autres affaires de crimes de guerre avaient été jugées par les juridictions des entités emporte violation de l'article 14 de la Convention et/ou de l'article 1 du Protocole n° 12 à la Convention.

L'article 14 est ainsi libellé :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

L'article 1 du Protocole n° 12 énonce :

« 1. La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

2. Nul ne peut faire l'objet d'une discrimination de la part d'une autorité publique quelle qu'elle soit fondée notamment sur les motifs mentionnés au paragraphe 1. »

78. Le Gouvernement invite la Cour à suivre sa jurisprudence *Šimšić* (décision précitée). Il considère que la répartition des affaires de crimes de guerre entre la Cour d'Etat et les juridictions des entités n'était pas arbitraire mais opérée par la Cour d'Etat sur la base de critères objectifs et raisonnables. Il explique que l'affaire de M. Maktouf était l'une des premières affaires concernant des crimes commis par un *moudjahid* étranger (le TPIY aurait traité la question pour la première fois en 2006 dans l'affaire *Hadžihanović et Kubura*), que, de plus, les décapitations rituelles perpétrées dans les camps des *moudjahidine* avaient mis en émoi la population locale et que, dès lors, elle revêtait un caractère sensible et complexe. Il ajoute que l'affaire de M. Damjanović concernait des actes de torture perpétrés sur un grand nombre de victimes, que le transfert de cette affaire à la Cour d'Etat avait aussi été motivé par le fait que le risque d'intimidation des témoins était plus élevé au niveau des entités, qui ne disposaient pas d'autant de moyens de protéger les intéressés, et que cela rendait cette affaire également sensible.

79. Les requérants récusent cette thèse. Ils soutiennent que leurs affaires n'étaient ni sensibles ni complexes. M. Maktouf ajoute qu'il faut voir dans

sa nationalité irakienne et sa religion la principale raison pour laquelle la Cour d'Etat s'est déclarée compétente pour connaître de son affaire.

80. Dans ses observations de novembre 2012, le Bureau du Haut-Représentant souscrit à la thèse du Gouvernement.

81. La Cour souligne que la notion de discrimination fait l'objet d'une interprétation constante dans sa jurisprudence concernant l'article 14 de la Convention. Il ressort de celle-ci que par « discrimination » il y a lieu d'entendre un traitement différencié, sans justification objective et raisonnable, de personnes placées dans des situations analogues. Les auteurs du Protocole no 12 ont utilisé le même terme de discrimination dans l'article 1 de cet instrument. Nonobstant la différence de portée qu'il y a entre les deux dispositions, le sens du mot inscrit à l'article 1 du Protocole no 12 est censé être identique à celui du terme figurant à l'article 14 de la Convention (*Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* [GC], n^{os} 27996/06 et 34836/06, § 55, CEDH 2009).

82. En l'espèce, la Cour note tout d'abord que compte tenu du grand nombre d'affaires de crimes de guerre à juger dans la Bosnie-Herzégovine de l'après-guerre, une répartition de la charge de travail correspondante entre la Cour d'Etat et les juridictions des entités est inévitable. A défaut, l'Etat défendeur ne serait pas en mesure d'honorer l'obligation que lui fait la Convention de traduire rapidement en justice les responsables de violations graves du droit humanitaire international (*Palić c. Bosnie-Herzégovine*, n^o 4704/04, 15 février 2011).

83. La Cour n'ignore pas que les juridictions des entités imposaient en général des peines plus légères que la Cour d'Etat pendant la période considérée (paragraphe 30 ci-dessus). Cette différence de traitement ne s'explique toutefois pas par des caractéristiques personnelles, et elle ne constitue donc pas un traitement discriminatoire. Le point de savoir si une affaire devait être jugée par la Cour d'Etat ou par une juridiction d'entité était tranché au cas par cas par la Cour d'Etat elle-même à la lumière des critères objectifs et raisonnables exposés au paragraphe 40 ci-dessus (voir, *a contrario*, l'affaire *Camilleri c. Malte*, n^o 42931/10, arrêt du 22 janvier 2013, où pareille décision ne dépendait que du pouvoir discrétionnaire du procureur). Dans les circonstances particulières de l'affaire, il n'y a donc d'apparence de violation ni de l'article 14 combiné avec l'article 7 de la Convention, ni de l'article 1 du Protocole n^o 12 (*Magee c. Royaume-Uni*, n^o 28135/95, § 50, CEDH 2000 VI, *Šimšić*, précitée).

84. Partant, la Cour estime que ce grief est manifestement mal fondé et qu'il doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 a) et 4 de la Convention.

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

85. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

A. Dommage matériel

86. M. Maktouf se plaint que son procès et la peine qui lui a été infligée l'ont mis dans l'incapacité de gérer son entreprise. Il estime avoir ainsi subi un préjudice de 500 000 euros (EUR).

87. Le Gouvernement objecte que cette prétention n'est étayée par aucun élément.

88. Partageant l'avis du Gouvernement, la Cour rejette la demande.

B. Dommage moral

89. M. Maktouf sollicite 100 000 EUR pour dommage moral. M. Damjanović demande lui aussi une indemnité pour dommage moral, sans toutefois indiquer la somme qui lui semblerait équitable.

90. Le Gouvernement considère que la demande de M. Maktouf est excessive.

91. Etant donné qu'il n'est pas certain que les requérants auraient effectivement été condamnés à des peines inférieures si le code appliqué avait été celui de 1976 (voir, *a contrario*, *Ecer et Zeyrek c. Turquie*, n^{os} 29295/95 et 29363/95, CEDH 2001-II, et *Scoppola*, précité), la Cour estime, dans les circonstances particulières de l'espèce, que le constat de violation représente en soi une satisfaction équitable suffisante pour tout dommage moral pouvant avoir été subi par les requérants.

C. Frais et dépens

92. M. Maktouf demande en outre 36 409 EUR pour les frais et dépens engagés par lui devant les juridictions internes. M. Damjanović a été admis au bénéfice du régime d'assistance judiciaire de la Cour et a reçu à ce titre un montant total de 1 545 EUR pour la comparution de son avocat à l'audience devant la Grande Chambre. Il sollicite le remboursement des frais et dépens supplémentaires engagés par lui devant la Cour, soit une somme de 13 120 EUR.

93. Le Gouvernement objecte que ces prétentions ne sont étayées par aucun élément.

94. Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. Autrement dit, le requérant doit les avoir réglés, ou être tenu de les régler,

en vertu d'une obligation légale ou contractuelle, et il faut qu'il ait été contraint de les engager pour empêcher la violation ou y faire remédier. La Cour exige des notes d'honoraires et des factures détaillées. Celles-ci doivent être suffisamment précises pour lui permettre de déterminer dans quelle mesure les conditions susmentionnées se trouvent remplies. En l'espèce, compte tenu des documents en sa possession et des critères exposés ci-dessus, la Cour estime raisonnable d'octroyer à ce titre, à chacun des requérants, 10 000 EUR, plus tout montant pouvant être dû par lui sur cette somme à titre d'impôt.

D. Intérêts moratoires

95. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

1. *Déclare irrecevable*, à la majorité, le grief tiré de l'article 6 de la Convention ;
2. *Déclare irrecevable*, à la majorité, le grief tiré des articles 14 combiné avec l'article 7 de la Convention et 1 du Protocole n° 12 ;
3. *Déclare recevable*, à l'unanimité, le grief tiré de l'article 7 de la Convention ;
4. *Dit*, à l'unanimité, qu'il y a eu violation de l'article 7 de la Convention ;
5. *Dit*, à l'unanimité,
 - a) que l'Etat défendeur doit verser à chacun des requérants, dans les trois mois, 10 000 EUR (dix mille euros) pour frais et dépens, à convertir dans la monnaie de l'Etat défendeur au taux applicable à la date du règlement, plus tout montant pouvant être dû par eux à titre d'impôt sur cette somme ;
 - b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage ;
6. *Rejette*, à l'unanimité, la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

Fait en anglais et en français, puis prononcé en audience publique au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 18 juillet 2013.

Michael O'Boyle
Greffier

Dean Spielmann
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion concordante de la juge Ziemele ;
- opinion concordante de la juge Kalaydjieva ;
- opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque, à laquelle se rallie le juge Vučinić.

D.S.
M.O'B.

OPINION CONCORDANTE DE LA JUGE ZIEMELE

(Traduction)

1. Je souscris au résultat auquel la Cour est parvenue en l'espèce. En même temps, il est une partie du raisonnement suivi par la Grande Chambre que je ne partage pas. En substance, le problème est de savoir si le principe fondamental de droit pénal qu'est l'application de la peine la plus douce lorsque les tribunaux peuvent légalement choisir entre deux textes de loi pour la détermination de la peine s'applique également dans le cas des condamnations pour crime de guerre et si les juridictions compétentes de Bosnie-Herzégovine ont envisagé à la lumière de ce principe les options qui s'ouvraient à elles pour la détermination de la peine à infliger aux requérants en l'espèce.

2. J'ai notamment quelque difficulté avec les termes employés au paragraphe 72 de l'arrêt. La Cour y explique que la thèse du Gouvernement consistait à dire que dès lors que les requérants avaient été poursuivis et condamnés pour des crimes de guerre, reconnus comme tels en droit international, le principe *nulla poena sine lege* ne trouvait pas à s'appliquer. La Cour rejette cette proposition, estimant qu'elle s'analyse en une lecture beaucoup trop large de l'exception prévue par l'article 7 § 2. Or, premièrement, même si le gouvernement défendeur a effectivement soumis un tel argument pour sa défense, l'affaire ne concerne pas réellement l'application rétroactive de la loi dans les circonstances de la présente espèce. Il n'est pas douteux que les actes imputés aux requérants constituaient des crimes tant en vertu du code pénal de 1976 qu'en vertu du code pénal de 2003. Il est clair par ailleurs que les actes en question constituaient des crimes internationaux à l'époque de leur commission (paragraphe 67 de l'arrêt). Les principes clarifiés dans le contexte de l'affaire *Kononov c. Lettonie* [GC] (n° 36376/04, CEDH 2010), qui concernait des crimes commis durant la deuxième Guerre mondiale qui avaient été poursuivis plusieurs décennies plus tard et dans le cadre de laquelle la question se posait ainsi clairement de savoir si le requérant aurait pu prévoir que ses actes seraient poursuivis en vertu du droit international ou national, n'étaient clairement pas en jeu dans la présente affaire.

3. Je tiens à souligner que la question de la portée et de la nature du principe *nulla poena sine lege* appliqué en droit pénal international est particulièrement complexe et impossible à épuiser en quelques lignes (voir, par exemple, Ch. Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law, Transnational Publishers, Inc.*, 2003, p. 202, et A. Cassese, *International Criminal Law, Oxford University Press*, 2009, p. 442). Qu'il suffise de noter que les principales conventions en la matière renvoient aux sanctions prévues par le droit pénal interne. Le Statut de la Cour pénale internationale a défini pour la première fois les peines pouvant être prononcées par cette

juridiction. Les auteurs faisant autorité en la matière considèrent généralement que « les principes de légalité dans le domaine du droit pénal international sont différents de leurs équivalents dans les systèmes juridiques nationaux (...) Ils sont nécessairement *sui generis* parce qu'il leur faut ménager un équilibre entre la préservation de la justice et l'équité pour l'accusé d'une part et la préservation de l'ordre du monde d'autre part (...) » (Bassiouni, précité, p. 202). La Cour a déjà eu à se pencher sur cette dichotomie complexe dans plusieurs affaires.

4. Plus récemment, eu égard à un consensus croissant relativement à l'obligation générale pour les États, d'une part, de poursuivre les auteurs des crimes internationaux les plus graves conformément à leurs obligations internationales et aux exigences correspondantes de leur droit national, et, d'autre part, de combattre l'impunité (Ensemble de principes actualisés pour la protection et la promotion des droits de l'homme par la lutte contre l'impunité (E/CN.4/2005/102/Add.1, Nations unies, 8 février 2005), la Cour a dû tenir compte de ces données du droit international dans l'application des articles pertinents de la Convention (voir, par exemple, *Association « 21 Décembre 1989 » et autres c. Roumanie*, n^{os} 33810/07 et 18817/08, 24 mai 2011). C'est dans ce contexte que l'argument du Gouvernement consistant à dire que la sévérité de la peine infligée doit refléter la gravité du crime est pertinent. Cela étant, la présente espèce ne concerne pas l'ensemble de ces questions difficiles, et l'axe principal de l'argumentation du Gouvernement n'aborde pas le cœur de la question en l'espèce.

5. Le Gouvernement reconnaît que depuis 2009 la Cour d'Etat applique soit le code de 1976, soit celui de 2003 pour déterminer les peines à infliger (paragraphe 63 de l'arrêt) et explique qu'il n'approuve pas cette démarche. C'est là que réside le vrai problème. La question principale qui se posait à la Cour était de savoir si, lorsqu'elle a statué sur les affaires des requérants, la Cour d'Etat avait recherché quel code prévoyait la peine la plus douce pour les crimes imputés aux requérants. Or il semble que la Cour d'Etat ne se livrait pas à pareille appréciation, en tout cas à l'époque où les présentes espèces ont été jugées et avant 2009, et c'est sur la base de cet élément limité que j'ai conclu à la violation de l'article 7. Je considère que les spéculations de la Cour sur le point de savoir ce qu'aurait pu être la peine si le code de 1976 avait été appliqué sortent du champ d'application de l'article 7.

OPINION CONCORDANTE DE LA JUGE KALAYDJIEVA

(Traduction)

Je suis d'accord avec la majorité pour dire qu'il y a eu violation de l'article 7 de la Convention. A mon avis, cette conclusion ne découle que de l'incertitude générée par le fait que, au moment du procès des requérants, deux codes pénaux différents s'appliquaient en parallèle sans qu'aucune règle ne précise lequel des deux devait être appliqué à leur affaire. Selon moi, l'article 7 commande que l'on puisse prévoir non seulement si un acte donné est passible de sanctions au moment où il est commis, mais aussi la peine qui sera imposable au moment où l'auteur de cet acte sera jugé. En raison de l'existence parallèle de deux codes prévoyant des fourchettes de peine différentes, cette prévisibilité était absente.

En revanche, étant donné que la peine infligée aux requérants en l'espèce est demeurée dans la fourchette commune aux deux codes (paragraphe 69 de l'arrêt), il paraît aussi spéculatif de dire que « *[l]e point crucial [aux fins de l'appréciation du respect de l'article 7] est que les intéressés auraient pu se voir imposer des peines plus légères si le code de 1976 leur avait été appliqué* » (paragraphe 70) qu'il le serait de tenter de déterminer si les juridictions internes auraient pu en fait acquitter les requérants. Sur ce point, le raisonnement de la majorité peut être interprété comme une démarche de quatrième instance consistant à examiner le point de savoir quelle aurait pu être la peine la plus appropriée. De plus, un débat sur l'adéquation de la peine imposée me paraît relever plutôt d'un examen sous l'angle de l'article 6 de griefs relatifs à l'équité et à l'issue de la procédure interne. Or la Cour a déclaré ces griefs manifestement mal fondés. Rien dans ces affaires ne permet de dire que les juridictions internes n'auraient pas imposé les mêmes peines en appliquant le code pénal de 2003.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE PINTO DE
ALBUQUERQUE, À LAQUELLE SE RALLIE LE
JUGE VUČINIĆ*(Traduction)*

L'interdiction des lois pénales rétroactives et l'effet rétroactif de la loi pénale plus clémentaire (*lex mitior*) sont des questions perpétuelles de la justice humaine. Au vu des caractéristiques structurelles de l'organisation du ministère public et de la justice en Bosnie-Herzégovine et de la nature particulière des chambres de la Cour d'Etat de la Bosnie-Herzégovine compétentes pour connaître des crimes de guerre, les affaires *Maktouf* et *Damjanovic* appellent une réflexion plus large sur ces questions dans le cadre du droit international des droits de l'homme, compte tenu aussi des avancées récentes du droit pénal international et du droit humanitaire et de l'état actuel de la pratique nationale. Ce n'est qu'à l'issue d'une telle réflexion que je serai en mesure de parvenir à une conclusion sur cette affaire.

L'interdiction de l'application rétroactive de la loi pénale

La garantie du rôle préventif du droit pénal, la séparation des pouvoirs de l'Etat et la protection contre l'exercice arbitraire des pouvoirs publics sont les buts du principe *nullum crimen sine lege previa*. La dissuasion des comportements criminels ne peut être accomplie que si les citoyens ont connaissance de l'incrimination légale de certains agissements avant de les commettre. Une peine rétroactive ne peut empêcher la commission d'une action ou d'une inaction passées : elle constitue donc une intrusion arbitraire de l'Etat dans les libertés des citoyens¹.

De l'interdiction d'appliquer de manière rétroactive les dispositions créant de nouvelles infractions pénales découle logiquement l'interdiction d'appliquer de manière rétroactive une loi pénale plus sévère (*lex gravior*). Si l'on ne peut appliquer la loi pénale aux faits survenus avant son entrée en vigueur, on ne peut pas non plus sanctionner la commission d'une infraction pénale par des peines qui n'existaient pas au moment où l'infraction a été commise ou qui sont plus sévères que celles applicables à l'époque. Dans

1. Article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789) : « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». En définitive, ce principe résulte du principe de liberté énoncé à l'article 4 de la même déclaration : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. »

l'un et l'autre cas, l'infliction rétroactive d'une peine nouvelle ou plus lourde serait arbitraire².

L'acceptation universelle du principe de non-rétroactivité de la loi pénale en ce qui concerne l'incrimination et la sanction en temps de paix se traduit par sa présence à l'article 11 § 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme³, l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme (« la Convention »)⁴, l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques⁵, l'article 9 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme⁶, l'article 7 § 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples⁷, l'article 40 § 2 a) de la Convention relative aux droits de l'enfant⁸, les articles 11 et 24 du Statut de Rome de la Cour pénale

2. Beccaria, *Des délits et des peines*, 1764, chapitre 3 (traduction de M. Chaillou de Liszy, Paris, 1773) : « [C]haque magistrat faisant lui-même partie de la société, aucun ne peut, avec justice, infliger une peine à un autre membre de la société, si elle n'est déjà fixée par la loi. Ce serait en effet ajouter un châtement nouveau à celui qui est déjà déterminé, et c'est ce que le zèle ou le prétexte du bien public ne doit point autoriser. »

3. Cette déclaration a été adoptée par une résolution de l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948 (48 voix à 0 et 8 abstentions). Quelques années auparavant, dans son avis consultatif – fondateur – du 4 décembre 1935 sur la *compatibilité de certains décrets-lois dantziens avec la constitution de la Ville libre* (série A/B, fascicule n° 65, p. 57), la Cour permanente de Justice internationale s'était exprimée ainsi : « Les individus doivent pouvoir se rendre compte d'avance du caractère licite ou punissable de leurs actes ». C'était là la toute première affirmation de ce principe par une juridiction internationale.

4. La Convention européenne des droits de l'homme a été ouverte à la signature le 4 novembre 1950, 47 Etats y sont parties. Voir, sur ce principe, *Kokkinakis c. Grèce* (25 mai 1993, § 52, série A n° 260-A), *CR c. Royaume-Uni* (n° 20190/92, §§ 34, 60 et 62, 27 octobre 1995) et *Cantoni c. France* (n° 17862/91, §§ 33 et 35, 15 novembre 1996).

5. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques a été adopté par une résolution de l'Assemblée générale des Nations unies le 16 décembre 1966, 167 Etats (dont l'Etat défendeur) y sont parties. Il n'a fait l'objet d'aucune réserve quant au principe de non-rétroactivité des délits et des peines.

6. La Convention américaine relative aux droits de l'homme a été adoptée le 22 novembre 1969, 23 Etats y sont parties. Voir, sur ce principe, l'affaire *Castillo Petruzzi et al.*, § 121 (arrêt de la Cour interaméricaine des droits de l'homme du 30 mai 1999, sur une requête dirigée contre le Pérou).

7. La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a été adoptée le 27 juin 1981, 53 Etats y sont parties. Voir Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communications n° 105/93, 129/94, 130/94 et 152/96, *Media Rights Agenda et Constitutional Rights Project c. Nigéria* (1998), § 59 : « Les citoyens sont censés obéir aux lois de façon très stricte. Dans la mesure où des changements interviendraient avec ces effets rétroactifs, la primauté du droit en souffrirait, car personne ne pourrait savoir, à un moment donné, si tel ou tel acte est légal ou non. Cette situation constitue une incertitude intolérable pour tout citoyen soucieux du droit, qu'il soit menacé ou non d'une punition. »

8. La Convention relative aux droits de l'enfant a été adoptée par une résolution de l'Assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1989, 193 Etats (dont l'Etat défendeur) y sont parties. Seuls deux Etats membres de l'Organisation des Nations unies ne l'ont pas ratifiée et il n'a été déposé aucune réserve expresse à son article 40 § 2 a).

internationale (le Statut de Rome)⁹, l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁰ et l'article 15 de la Charte arabe des droits de l'homme révisée¹¹.

De plus, deux autres facteurs soulignent clairement la force de ce principe. Premièrement, il ne peut y être dérogé en temps de guerre ou d'autre situation d'urgence publique : cette règle est énoncée à l'article 15 § 2 de la Convention, à l'article 4 § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à l'article 27 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et à l'article 4 de la Charte arabe des droits de l'homme révisée¹². Deuxièmement, c'est aussi un principe impératif de droit international humanitaire, en vertu de l'article 99 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (troisième Convention de Genève)¹³, des articles 65 et 67 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (quatrième Convention de Genève)¹⁴, de l'article 75 § 4 c) du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève (Protocole I)¹⁵ et de l'article 6 § 2 c) du deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève (Protocole II)¹⁶.

L'émergence d'un droit pénal international ne modifie pas l'essence de ces principes. Si l'entrée en jeu potentielle du droit international dans le jugement d'affaires pénales crée une problématique complexe dans un domaine traditionnellement réservé au pouvoir souverain du législateur et du juge national, le droit international est aussi un instrument crucial qui permet de combler les lacunes du droit national et de remédier aux plus graves manquements des systèmes nationaux de poursuites et de jugement.

9. Le Statut de Rome a été adopté le 17 juillet 1998, 122 Etats (dont l'Etat défendeur) y sont parties.

10. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est devenue juridiquement contraignante pour l'UE à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, en décembre 2009.

11. La deuxième version, mise à jour, de la Charte arabe des droits de l'homme a été adoptée le 22 mai 2004, 12 Etats y sont parties. C'est une édition révisée de la première Charte, qui avait été adoptée le 15 septembre 1994.

12. La Convention relative aux droits de l'enfant et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ne prévoient pas de possibilités de dérogation.

13. La troisième Convention de Genève a été adoptée le 12 août 1949, 195 Etats y sont parties. Elle a remplacé la Convention du 27 juillet 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre. Elle n'a fait l'objet d'aucune réserve relativement à la non-rétroactivité de la loi pénale.

14. La quatrième Convention de Genève a été adoptée le 12 août 1949, 195 Etats y sont parties. Elle complète les dispositions du Règlement de La Haye de 1907. Elle n'a fait l'objet d'aucune réserve relativement à la non-rétroactivité de la loi pénale.

15. Ce protocole a été adopté le 8 juin 1977, 173 Etats (dont l'Etat défendeur) y sont parties. Il n'a fait l'objet d'aucune réserve relativement à la non-rétroactivité de la loi pénale.

16. Ce protocole a été adopté le 8 juin 1977, 167 Etats (dont l'Etat défendeur) y sont parties. Il n'a fait l'objet d'aucune réserve relativement à la non-rétroactivité de la loi pénale.

Cela a été reconnu dans la disposition sur l'incrimination en « droit international » de l'article 11 § 2 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui figure aussi à l'article 7 § 1 de la Convention, à l'article 15 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et à l'article 40 § 2 a) de la Convention relative aux droits de l'enfant, ainsi que dans certaines constitutions nationales¹⁷. En vertu de cette disposition, le droit pénal international peut compléter le droit national dans les trois cas suivants : lorsqu'ils ont été commis, les actes en cause 1) constituaient une infraction en vertu du droit international coutumier¹⁸ mais non en droit national, 2) constituaient une infraction en vertu des traités applicables aux faits, mais non en droit national, ou 3) constituaient une infraction en droit international et en droit national mais le droit national était systématiquement inappliqué, pour des raisons politiques ou pour d'autres raisons analogues¹⁹. En pareils cas, l'organe de jugement n'outrepasse pas sa compétence matérielle et n'enfreint pas le principe *nullum crimen, nulla poena sine lege previa* lorsqu'il applique le droit pénal international à une conduite passée ; au contraire, l'impunité constituerait une ratification morale des infractions commises.

Le principe de l'effet rétroactif de la *lex mitior* en droit pénal

Si, postérieurement à la commission d'une infraction pénale, une nouvelle loi prévoit l'imposition d'une peine plus légère, l'auteur de l'infraction doit en bénéficier. Cela s'applique à toute loi prévoyant la réduction ou l'atténuation de la peine et *a fortiori* à une loi dépénalisant *a posteriori* les actes en cause. La différence réside dans la portée temporelle de la *lex mitior* : alors qu'une loi dépénalisante postérieure aux faits s'applique à l'auteur des actes jusqu'à ce qu'il ait terminé de purger sa

17. Voir par exemple l'article 29 § 1 de la constitution albanaise, l'article 31 de la constitution croate, l'article 42 § 1 de la constitution polonaise, l'article 20 de la constitution rwandaise et l'article 35 § 3-1) de la constitution sud-africaine. Le principe de l'incrimination en droit international est aussi énoncé dans les deux premiers principes de Nuremberg : le Principe I énonce que « [t]out auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international est responsable de ce chef et passible de châtement » ; le Principe II précise que « [l]e fait que le droit interne ne punit pas un acte qui constitue un crime de droit international ne dégage pas la responsabilité en droit international de celui qui l'a commis » (*Principes du droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce Tribunal*, version annotée, 1950).

18. Parmi les exemples incontestés de tels actes on trouve la piraterie, le trafic d'esclaves et les agressions de diplomates, qui sont soumis non seulement au droit conventionnel mais aussi au droit coutumier.

19. Par exemple les actes en cause étaient passibles de sanction en vertu de règles de droit international contraignantes pour l'Etat défendeur lorsqu'ils ont été commis, indépendamment du fait que ces règles aient été appliquées par les autorités dans le cadre d'une politique répressive (voir *Streletz Kessler et Krenz c. Allemagne, Recueil des arrêts et décisions* 2001-II, §§ 56-64, ainsi que les constatations du Comité des droits de l'homme dans l'affaire *Baumgarten c. Allemagne*, communication 960/2000, 31 juillet 2003, § 9.5).

peine, une loi pénale nouvelle réduisant ou atténuant les peines applicables à l'auteur des actes lui est applicable jusqu'à ce que sa condamnation ait acquis force de chose jugée²⁰.

Logiquement, le principe de l'application rétroactive de la loi pénale plus clémentaire (*lex mitior*) est le corollaire du principe de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère. Si une loi pénale plus sévère ne peut s'appliquer aux actes commis avant son entrée en vigueur, une loi pénale plus clémentaire doit s'appliquer aux actes commis avant mais jugés après son entrée en vigueur. Si la loi pénale plus sévère continuait à produire ses effets après avoir été remplacée par une loi pénale plus clémentaire, cela porterait atteinte au principe de la séparation des pouvoirs en ce que les tribunaux continueraient d'appliquer la loi pénale plus sévère alors que le législateur aurait modifié son appréciation des degrés de gravité relatifs des conduites répréhensibles et des peines applicables. De plus, si le législateur lui-même permettait à la loi plus sévère de continuer à produire ses effets après avoir été remplacée par une loi plus clémentaire, il permettrait une appréciation à deux vitesses et contradictoire, et donc arbitraire, du degré de gravité de la même conduite répréhensible.

Le principe de l'application impérative de la *lex mitior* en droit pénal est consacré à l'article 15 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²¹, à l'article 9 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, à l'article 24 § 2 du Statut de Rome²², à l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²³ et à l'article 15 de la Charte arabe des droits de l'homme²⁴ et, en droit international humanitaire, à l'article 75 § 4 c) du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève et à l'article 6 § 2 c) du deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève. Enfin, il est validé par la pratique des Etats, tant au niveau constitutionnel qu'au niveau législatif²⁵.

20. Voir mon opinion séparée dans l'affaire *Hidir Durmaz c. Turquie* (n° 2), n° 26291/05, 12 juillet 2011.

21. Les Etats-Unis se sont réservé le droit de ne pas appliquer cet article, l'Italie et Trinité-et-Tobago se sont réservé le droit de ne l'appliquer qu'aux procédures pendantes au moment du changement de loi, et l'Allemagne s'est réservé le droit de ne pas l'appliquer en cas de circonstances extraordinaires.

22. Dans l'arrêt *Dragan Nikolic* (n° IT-94-2-A) du 4 février 2005, la Chambre d'appel du TPIY a dit (§ 85) que le principe de la *lex mitior* s'appliquait au Statut du Tribunal international.

23. Dans l'affaire *Berlusconi et autres*, la Cour de justice de l'Union européenne a dit que le principe de l'application rétroactive de la peine plus légère faisait partie des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres (voir l'arrêt du 3 mai 2005 rendu dans les affaires jointes C-387/02, C-391/02 et C-403/02).

24. La version précédente de la Charte arabe (version de 1994) était plus incisive en son article 6 : « Tout condamné bénéficie d'une loi postérieure qui pourrait lui être plus favorable ».

25. Ce principe est confirmé par la pratique des Etats, tant au niveau constitutionnel (voir par exemple l'article 29 § 3 de la constitution albanaise, l'article 65 § 4 de la constitution

Bien que l'article 7 de la Convention n'énonce pas expressément ce principe, la Cour européenne des droits de l'homme (la Cour) a reconnu dans l'affaire *Scoppola n° 2* qu'il fait partie des garanties découlant du principe de légalité en droit européen des droits de l'homme. Elle a adopté une position claire sur la définition de la *lex mitior* aux fins de l'application de lois pénales successives : la loi la plus clémente est celle qui est la plus favorable à l'accusé, compte tenu de sa situation, de la nature de l'infraction et des circonstances dans lesquelles il l'a commise²⁶. Cela signifie que l'article 7 § 1 de la Convention appelle une comparaison *in concreto* des lois pénales applicables au cas de l'accusé, dont celle en vigueur au moment de la commission de l'infraction (l'ancienne loi) et celle en vigueur au moment du jugement (la nouvelle loi)²⁷. La Cour ne considère donc pas *in abstracto* la limite supérieure de la peine. Elle ne considère pas non plus *in*

angolaise révisée, l'article 22 de la constitution arménienne, l'article 71-VIII de la constitution azerbaïdjanaise, l'article 5 § 4 de la constitution brésilienne, l'article 11-i) de la constitution canadienne, l'article 30 § 2 de la constitution du Cap-Vert, l'article 19 § 3 de la constitution chilienne, l'article 29 de la constitution colombienne, l'article 31 de la constitution croate, l'article 31 § 5 de la constitution du Timor-Oriental, l'article 42 § 5 de la constitution géorgienne, l'article 33 § 2 de la constitution de la Guinée-Bissau, l'article 89 de la constitution lettone, l'article 52 de la constitution macédonienne, l'article 34 de la constitution monténégrine, l'article 99 § 2 de la constitution du Mozambique, l'article 29 § 4 de la constitution portugaise, l'article 15 § 2 de la constitution roumaine, l'article 54 de la constitution russe, l'article 36 § 2 de la constitution de Sao Tomé-et-Principe, l'article 197 de la constitution serbe, l'article 50 § 6 de la constitution slovaque, l'article 28 de la constitution slovène, l'article 35 § 3 de la constitution sud-africaine et l'article 9 § 3 de la constitution espagnole) qu'au niveau législatif (article 1 du code pénal autrichien, article 2 du code pénal belge, article 4 du code pénal bosnien, article 2 du code pénal bulgare, article 12 du code pénal chinois, article 4 du code pénal danois, article 2 du code pénal allemand, article 2 du code pénal hongrois, article 2 du code pénal islandais, articles 4 à 6 du code pénal israélien, article 6 du code pénal japonais, article 3 du code pénal lituanien, article 2 du code pénal luxembourgeois, article 1 § 2 du code pénal des Pays-Bas, article 25 g) de la Déclaration des droits de l'homme de la Nouvelle-Zélande et article 2 § 2 du code pénal suisse). On peut dire qu'une grande majorité de la population mondiale en bénéficie.

26. *Scoppola c. Italie (n° 2)* ([GC], n° 10249/03, § 109, 17 septembre 2009) et, déjà précédemment, *G. c. France* (n° 15312/89, § 26, 27 septembre 1995), ainsi que, devant le Comité des droits de l'homme, *Mclsaac c. Canada* (communication n° 55/1979, 14 octobre 1982, §§ 11-13), *Westerman c. Pays-Bas* (communication n° 682/1996, 13 décembre 1999, § 9.2), *Gombert c. France* (communication n° 987/2001, 11 avril 2003, § 6-4), *Filipovitch c. Lituanie* (communication n° 875/1999, 19 septembre 2003, § 7-2), *Gomez de Casafranca c. Pérou* (communication n° 981/2001, 19 septembre 2003, § 7-4) et *Van der Platt c. Nouvelle-Zélande* (communication n° 1492/2006, 22 juillet 2008, § 6-4).

27. Sans parler des cas plus complexes où il y a eu des lois intermédiaires entre la loi en vigueur au moment des faits et la loi en vigueur au moment du jugement. Dans ces affaires, la comparaison doit porter sur toutes les lois qui sont ou ont été applicables aux faits depuis leur commission jusqu'au jugement.

abstracto la limite inférieure de la peine²⁸. Elle n'envisage pas non plus ces limites en fonction de l'intention des juridictions internes d'imposer une peine proche du maximum ou du minimum²⁹. Au contraire, l'arrêt *Scoppola n° 2* montre que la *lex mitior* doit être déterminée *in concreto*, c'est-à-dire que le juge doit confronter chacune des lois pénales applicables (l'ancienne et la nouvelle) aux faits propres à l'affaire afin de déterminer ce que devrait être la peine selon que l'on applique l'une ou l'autre loi. Après avoir déterminé les peines résultant des lois applicables au vu des faits de la cause, il doit appliquer la loi qui est effectivement la plus favorable à l'accusé³⁰.

Pour déterminer la *lex mitior* au regard de l'article 7 § 1 de la Convention, il faut aussi procéder à une comparaison globale du régime répressif de chacune des lois pénales applicables au cas de l'accusé (méthode de la comparaison globale). Le juge ne peut procéder à une comparaison règle par règle (méthode de la comparaison différenciée), en choisissant la règle la plus favorable de chacune des lois comparées. Deux raisons sont classiquement avancées à l'appui de cette méthode de la comparaison globale : premièrement, chaque régime répressif a sa propre logique, et le juge ne peut bouleverser cette logique en mélangeant différentes règles de différentes lois pénales successives, deuxièmement, le juge ne peut se substituer au législateur et créer un nouveau régime répressif sur mesure composé de différentes règles découlant de différentes lois pénales successives. Partant, l'article 7 § 1 de la Convention commande de déterminer la *lex mitior* de manière concrète et globale.

28 Pour cette raison, je ne peux souscrire à ce qui a été dit aux paragraphes 69 et 70, qui sont des paragraphes essentiels de l'arrêt, car la majorité y a procédé à une comparaison dans l'abstrait des limites de peine inférieures des lois pénales applicables.

29. Comme l'a fait récemment la chambre d'appel de la Cour d'Etat de la Bosnie-Herzégovine, qui a continué à appliquer le code de 2003 aux crimes de guerre les plus graves et le code de 1976 aux crimes de guerre les moins graves.

30. Par exemple, entre deux lois pénales, celle dont la peine maximale est inférieure n'aboutit pas nécessairement à l'imposition d'une peine plus légère que celle dont la peine maximale est supérieure. Le juge qui inflige la peine doit tenir compte des faits de la cause et de l'intégralité du cadre juridique applicable, y compris les facteurs éventuels d'atténuation de la peine et la possibilité d'une suspension de peine. Ainsi, une loi pénale qui prévoit une peine maximale inférieure mais qui ne prévoit aucune possibilité de suspension de peine ou la soumet à des conditions très strictes peut être la *lex gravior* par rapport à une loi pénale dont la peine maximale est plus élevée mais qui offre aussi de meilleures possibilités de suspension de peine, si l'accusé ne peut en pratique bénéficier d'une suspension de peine dans le cadre de la première mais le peut dans le cadre de la seconde. Il peut en être de même si l'on compare une loi qui prévoit une peine maximale inférieure mais moins de facteurs d'atténuation de la peine à une loi qui prévoit une peine maximale plus élevée mais l'assortit d'un ensemble plus large de facteurs d'atténuation, permettant au tribunal de prononcer, dans les circonstances de l'espèce, une peine inférieure avec la seconde loi à celle qu'il aurait imposée avec la première.

Pour résumer, il ne peut y avoir de loi pénale rétroactive, sauf au bénéfice de l'accusé³¹. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international ; de même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise (version négative du principe de légalité). A l'inverse, si, après la commission de l'infraction pénale, une nouvelle loi a instauré une peine plus légère que celle qui était applicable lorsque l'infraction a été commise, c'est cette peine plus légère qui doit être imposée (version positive du principe de légalité). Ces principes font partie des règles du droit international coutumier, qui sont contraignantes pour tous les Etats, et constituent des normes impératives auxquelles aucune autre règle de droit national ou international ne peut déroger³². En d'autres termes, le principe de légalité en droit pénal relève, tant dans sa version positive que dans sa version négative, du *jus cogens*.

Les « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » en droit pénal

Les principes généraux de droit peuvent être une source de droit pénal international à condition d'être suffisamment accessibles et prévisibles au moment des faits. Le principe de la non-rétroactivité ne porte pas atteinte à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. L'article 7 § 2 de la Convention et l'article 15 § 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques prévoient ce cas³³. Bien qu'historiquement, ces clauses de

31. Pour le formuler comme à l'article 15 de la Charte arabe révisée, « la loi la plus favorable à l'accusé est appliquée dans tous les cas ». Ou, pour reprendre les mots de Von Liszt, le principe *nullum crime, nulla poena sine lege* est « le rempart du citoyen contre l'omnipotence de l'Etat, il protège l'individu contre le pouvoir implacable de la majorité, contre le Léviathan. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, le code pénal est la *magna carta* du criminel. Il lui garantit le droit de n'être puni qu'à concurrence des exigences prévues par la loi et seulement dans les limites qu'elle a fixées » (von Liszt, *Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1893, p. 357).

32. Le Comité international de la Croix-Rouge partage l'avis selon lequel la non-rétroactivité des délits et des peines est un principe de droit international coutumier en temps de paix comme en temps de guerre (voir la Règle 101 de son *Etude sur le droit international humanitaire coutumier*).

33. Le tout premier projet de cette disposition a été présenté à la deuxième session de la Commission des droits de l'homme, en décembre 1947, à l'initiative de la Belgique et des Philippines, pour le projet de Déclaration universelle des droits de l'homme. La disposition, appelée « clause de Nuremberg/Tokyo », a finalement été rejetée au motif qu'elle n'apportait rien à la règle principale, étant donné que les principes généraux de droit faisaient partie du droit international. Pendant les débats sur le projet de Pacte international

sauvegarde aient été créées pour justifier les procès de Nuremberg et de Tokyo, elles s'appliquent aussi à d'autres procès³⁴. Elles ont leur propre champ d'application, puisqu'elles visent des actes qui, lorsqu'ils sont commis, ne sont encore reconnus comme criminels ni en droit international coutumier ni dans le droit conventionnel applicable aux faits, mais représentent déjà un affront intolérable aux principes de la justice, comme le montre la pratique d'un nombre significatif de nations³⁵. Pour éviter l'incertitude juridique et respecter l'autre facette du principe de légalité, à savoir le principe de l'interprétation stricte de la loi (*nullum crimen sine lege certa et stricta*), il est impératif de procéder à un examen strict de la pratique de l'Etat concerné : ce n'est que lorsqu'ils reflètent les pratiques internationales et nationales d'un nombre significatif d'Etats que les principes généraux de droit peuvent être reconnus comme exprimant la volonté de la communauté des nations civilisées d'incriminer un comportement donné³⁶. Il s'ensuit que la pénalisation d'un acte *a posteriori* n'est pas une exception au principe de la non-rétroactivité de la loi pénale si elle repose sur les principes généraux de droit pour autant que, d'un point de

relatif aux droits civils et politiques qui se sont tenus à la sixième session de la Commission des droits de l'homme, en mai 1950, Eleanor Roosevelt s'y est également opposée en avançant des arguments semblables : elle estimait que l'expression « d'après le droit national ou international » couvrait déjà les poursuites en droit pénal international, et elle observa que l'expression « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » était déjà utilisée à l'article 38 c) du Statut de la CIJ pour désigner l'une des sources du droit international. En février 1950 la même proposition fut faite par un expert luxembourgeois dans le cadre de l'élaboration de la Convention européenne des droits de l'homme. Malgré les oppositions rencontrées, la disposition fut finalement adoptée et dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et dans la Convention, aux fins expresses de permettre les procès des crimes perpétrés pendant la Seconde guerre mondiale (voir les *travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, volume III, pp. 163, 193 et 263, et, par la suite, les affaires *X. c. Belgique* (n° 268/57, décision de la Commission du 20 juillet 1957, Annuaire 1, p. 241) et *Kononov c. Lettonie* ([GC], n° 36376/04, § 186, 17 mai 2010).

34. Quatre pays ont même inclus dans leur constitution la « clause de Nuremberg/Tokyo » : le Canada (article 11 g)), le Cap-Vert (article 30), la Pologne (article 42 § 1) et le Sri Lanka (article 13 § 6).

35. Le 30 septembre 1946, le Tribunal militaire international a proclamé *ubi et ubi* le principe de la justice dans l'affaire *Göring et autres* : « En premier lieu, il convient d'observer que la maxime *nullum crime sine lege* n'est pas une limitation apportée à la souveraineté mais un principe de justice général. Affirmer qu'il est injuste de punir ceux qui, au mépris des traités et des assurances données, ont attaqué des Etats voisins sans avertissement est manifestement faux, car en pareilles circonstances l'agresseur doit savoir qu'il agit mal et, loin qu'il soit injuste de le punir, il serait injuste de laisser son forfait impuni. » (Actes du procès de Nuremberg, Vol. 22, p. 461).

36. L'infraction d'outrage au tribunal a été présentée comme un exemple d'acte délictueux au regard des principes généraux de droit (voir *Le Procureur c. Dusko Tadic*, arrêt confirmatif de la chambre d'appel du TPIY relatif aux allégations d'outrage formulées à l'encontre du précédent conseil, Milan Vujin, § 15, affaire n° IT-94-1-A-AR77, 27 février 2001).

vue substantif, l'acte en question corresponde déjà à une infraction au moment de sa commission. Ainsi, la « clause de Nuremberg/Tokyo » ne s'applique pas lorsqu'au moment des faits les actes en question étaient constitutifs d'une infraction en droit national, mais passibles d'une peine plus légère que celle que prévoient une loi ou un traité ultérieurs³⁷.

Le contexte politique et judiciaire de l'affaire

La loi sur la Cour d'Etat, qui a créé la Cour d'Etat de la Bosnie-Herzégovine, a été promulguée le 12 novembre 2000 par le Haut-Représentant en Bosnie-Herzégovine. Le Parlement de la Bosnie-Herzégovine a effectivement instauré la Cour de la Bosnie-Herzégovine le 3 juillet 2002 par la loi sur la Cour de la Bosnie-Herzégovine. Un nouveau code pénal de la Bosnie-Herzégovine est entré en vigueur le 1^{er} mars 2003. Un code des règles relatives à l'examen des crimes de guerre a été promulgué le 28 décembre 2004. Une chambre spéciale de la Cour d'Etat de la Bosnie-Herzégovine compétente pour connaître des crimes de guerre est entrée en activité le 9 mars 2005. En juin 2008, le Conseil des ministres de la Bosnie-Herzégovine a adopté la Stratégie de réforme du secteur de la justice de la Bosnie-Herzégovine pour 2008-2012. Cette stratégie est le fruit d'une démarche conjointe des ministres de la justice de l'Etat de Bosnie-Herzégovine, des entités et des cantons, de la Commission judiciaire du district de Brčko et du Conseil supérieur de la magistrature. Le 29 décembre 2008, le Conseil des ministres de la Bosnie-Herzégovine a adopté la Stratégie nationale sur les crimes de guerre, qui complétait la Stratégie sur la justice transitionnelle.

A l'issue des réformes judiciaires de 2003, quatre systèmes juridiques ayant chacun leurs propres juridictions ont été créés : la Bosnie-Herzégovine, le district de Brčko, la Fédération de Bosnie-Herzégovine et la Republika Srpska. Il n'a pas été prévu de mécanisme de résolution des interprétations divergentes du droit et d'harmonisation des pratiques des différentes juridictions. En conséquence, la Cour d'Etat de la Bosnie-Herzégovine et les Cours suprêmes des deux entités ont rendu des verdicts très différents sur des questions juridiques essentielles, ce qui a donné lieu à des divergences de pratique judiciaire et d'interprétation du droit. En 2008, le ministère de la Justice de la Bosnie-Herzégovine a même

37. La Grande Chambre aurait donc dû se démarquer clairement de la décision malheureuse rendue en l'affaire *Naletilić c. Croatie* (n° 51891/99), dans laquelle la Cour avait considéré que l'article 7 § 2 de la Convention était applicable à l'allégation du requérant consistant à dire qu'il risquait une peine plus lourde devant le TPIY que devant les juridictions internes. Elle aurait dû le faire pour deux raisons : premièrement, cette interprétation de l'article 7 § 2 est problématique ; deuxièmement, la décision *Naletilić* concernait une affaire dans laquelle un procureur international avait traduit le requérant en accusation devant un tribunal international pour un acte dont le caractère délictueux était consacré par le droit international, alors que dans la présente affaire, les requérants étaient accusés devant une juridiction interne d'un crime prévu par le droit interne.

estimé que « cette imprévisibilité affect[ait] l'image de la Bosnie-Herzégovine sur la scène juridique internationale » et que le pays « risqu[ai]t de violer les conventions »³⁸. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a exprimé la même préoccupation politique, par exemple dans sa résolution 1626 (2008) sur le respect des obligations et engagements de la Bosnie-Herzégovine : « des incohérences subsistent dans l'application du droit pénal par les différents tribunaux aux niveaux de l'Etat et des entités, ce qui conduit à une inégalité de traitement des citoyens, à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme »³⁹ ; et l'OSCE a fait de même dans son bilan sur cinq années de traitement des affaires de crime de guerre en Bosnie (*Overview of five years of war crimes processing in Bosnia*), où elle a dénoncé « une situation d'inégalité manifeste devant la loi des personnes jugées pour crimes de guerre devant les différentes juridictions de la Bosnie-Herzégovine » et estimé que cela « signifi[ait] en pratique que les personnes reconnues coupables de crimes de guerre se vo[ya]ient infliger des peines totalement différentes en fonction de la juridiction qui trait[ait] leur affaire. »⁴⁰

Aux divergences de jurisprudence vient s'ajouter le dépaysement d'affaires hors de leurs juridictions naturelles. Le Conseil des ministres de Bosnie-Herzégovine l'a lui-même reconnu en évoquant « les incohérences dans la pratique en matière d'examen, d'auto-saisine et de transfert des affaires de crimes de guerre entre la Cour et son bureau du procureur et les autres juridictions et parquets et l'absence de critères communs d'appréciation du degré de sensibilité et de complexité des affaires »⁴¹. Après l'adoption en 2004 des critères d'orientation du bureau du procureur, les affaires dites « très sensibles » devaient être gardées par la direction spéciale des crimes de guerre du bureau du procureur de la Bosnie-Herzégovine et les affaires « sensibles » devaient être transférées aux bureaux du procureur de canton et de district du lieu où le dossier indiquait que les faits s'étaient déroulés. Ces directives étaient très floues et,

38. Stratégie de réforme du secteur de la justice de la Bosnie-Herzégovine pour 2008-2012, Sarajevo, juin 2008, p. 70.

39. La Commission de Venise a exprimé la même opinion politique dans son Avis n° 648/2011, aux paragraphes 38 et 65.

40. OSCE, *Delivering Justice in Bosnia and Herzegovina: An Overview of War Crimes Processing from 2005 to 2010*, mai 2011, p. 19. Voir aussi le document de septembre 2009 communiqué par le centre international pour la justice transitionnelle (International Center for Transitional Justice) au Conseil des droits de l'homme des Nations Unies à la septième session du groupe de travail sur l'Examen périodique universel, où a été examinée la situation de la Bosnie-Herzégovine, et les documents de Human Rights Watch (HRW) intitulés *Still Waiting: Bringing Justice for War Crimes, Crimes against Humanity, and Genocide in Bosnia and Herzegovina's Cantonal and District Courts* (juillet 2008) et *Justice for Atrocity Crimes, Lessons of International Support for Trials before the State Court of Bosnia and Herzegovina* (mars 2012).

41. Conseil des ministres de la Bosnie-Herzégovine, Stratégie nationale sur les crimes de guerre, 28 décembre 2008, p. 4.

pire encore, elles n'étaient pas appliquées de manière uniforme. Pour dire les choses simplement, cette méthode de « poursuite au cas par cas » ne fonctionnait pas bien, car elle « ne faisait qu'accroître la confusion qui régnait sur le point de savoir ce qui devait être fait, par qui et comment »⁴². L'absence de stratégie de hiérarchisation et de sélection des affaires, de raisonnement de fond sur le choix de la juridiction de jugement par le procureur et de contrôle juridictionnel effectif de ce choix ont abouti à des incertitudes importantes quant aux priorités et aux choix du procureur, certains politiciens allant jusqu'à mettre en doute l'objectivité des services de poursuite dans la sélection des affaires, au vu du fait que, dans 90 % des affaires portées devant la chambre des crimes de guerre, les accusés étaient serbes⁴³.

Ce ne fut qu'en 2008 que les autorités établirent une stratégie nationale écrite visant à développer une approche plus systématique des affaires et à allouer des ressources au traitement des affaires de crimes de guerre⁴⁴. Pour assurer l'uniformité et l'objectivité de la sélection des affaires et de l'appréciation de leur complexité et permettre aux autorités compétentes de savoir quand elles devaient reprendre ou transférer une affaire, la Cour d'Etat et le bureau du procureur de la Bosnie-Herzégovine ont, avec la participation d'autres juridictions et parquets, élaboré des critères de complexité des affaires. Par la suite, la loi n° 93/09 a modifié l'article 449 du code de procédure pénale de la Bosnie-Herzégovine (qui porte sur le traitement des affaires pendantes devant d'autres juridictions et parquets) en introduisant les critères de transfert et d'attribution des affaires suivants : « la gravité de l'infraction pénale, la capacité de l'auteur et d'autres circonstances importantes pour apprécier la complexité de l'affaire »⁴⁵.

42. Zekerija Mujkanovic, *The orientation Criteria document in Bosnia and Herzegovina*, FICHL Publication Series n° 4 (2010, deuxième édition), p. 88.

43. HRW, *Narrowing the Impunity Gap: Trials before Bosnia's War Crimes Chamber*, février 2007, p. 9.

44. HRW, *Justice for atrocity crimes*, précité, p. 42

45. Comme le conclut le centre international pour la justice transitionnelle, « les critères de complexité des affaires sont une longue liste de facteurs à examiner pour déterminer si la procédure sera menée devant la Cour de la Bosnie-Herzégovine. En bref, ces critères sont extrêmement larges et ne précisent pas clairement quels seuils doivent être franchis pour justifier qu'une affaire soit considérée comme « plus complexe » ou « moins complexe » (document soumis au Conseil des droits de l'homme à l'égard de la Bosnie-Herzégovine dans le cadre de l'Examen périodique universel, précité). L'ampleur de ces critères et en particulier de celui qui concerne « d'autres circonstances importantes pour apprécier la complexité de l'affaire » est particulièrement problématique. On ne peut s'empêcher de penser au principe du juge naturel ou légitime et à l'interdiction solennelle des tribunaux pénaux extraordinaires énoncée à l'article 8 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme et dans les dispositions constitutionnelles d'un nombre considérable de pays, dont l'article 135 § 2 de la constitution albanaise, l'article 85 § 2 de la constitution andorrane, l'article 176 § 5 de la constitution angolaise révisée, l'article 18 de la constitution argentine, l'article 92 de la constitution arménienne, l'article 125-VI de la constitution azerbaïdjanaise, les articles 14 et 116-II de la constitution bolivienne,

L'appréciation des faits de la présente affaire au regard des normes européennes

C'est dans ce contexte politique et judiciaire, et à la lumière des principes susmentionnés, qu'il y a lieu d'apprécier les faits de la présente affaire. Et la conclusion est inéluctable. Les deux requérants ont été soumis à un procès pénal arbitraire à l'issue duquel ils se sont vu infliger de lourdes peines rétroactives. La preuve évidente de cet arbitraire est que la Cour d'Etat a infligé au requérant Damjanovic en vertu du code de 2003, pour des passages à tabac, une peine de onze ans d'emprisonnement, soit plus du double de la peine minimale prévue par le code de 1976. Le cas du requérant Maktouf est encore plus frappant : l'intéressé a été condamné en vertu du code de 2003 à cinq ans d'emprisonnement, soit cinq fois la peine minimale prévue par le code de 1976.

Le requérant Maktouf s'est vu infliger la peine minimale possible pour les complices de crimes de guerre en vertu du code de 2003, et le requérant Damjanovic une peine légèrement supérieure au minimum prévu par le même code pour les auteurs de crimes de guerre, car les tribunaux ont attaché de l'importance aux facteurs d'atténuation de la peine. S'ils avaient appliqué les mêmes critères d'atténuation de la peine en vertu du code de 1976 – et ils auraient pu le faire – ils auraient forcément imposé aux requérants des peines bien inférieures. Cette comparaison *in concreto* entre les peines que les requérants ont reçues et celles auxquelles ils auraient pu s'attendre en vertu du code de 1976 montre clairement que le code de 1976 était la *lex mitior* et celui de 2003 la *lex gravior*⁴⁶. En agissant comme elles

l'article 5-XXXVII de la constitution brésilienne, l'article 19 § 3 de la constitution chilienne, l'article 61 de la loi constitutionnelle danoise, l'article 123 § 2 de la constitution du Timor-Oriental, l'article 15 de la constitution du Salvador, l'article 78 § 4 de la constitution éthiopienne, l'article 101 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*) allemande, les articles 25 et 102 de la constitution italienne, l'article 76 de la constitution japonaise, l'article 33 § 1 de la constitution du Liechtenstein, l'article 111 de la constitution lituanienne, l'article 86 de la constitution luxembourgeoise, l'article XXV-1 de la constitution macédonienne, l'article 118 de la constitution monténégrine, l'article 13 de la constitution mexicaine, l'article 167 § 2 de la constitution du Mozambique, l'article 4 § 8 de la constitution nigériane, l'article 17 § 3 de la constitution du Paraguay, l'article 139 § 3 de la constitution péruvienne, l'article 172 § 2 de la constitution polonaise, l'article 209 § 3 de la constitution portugaise, l'article 126 § 5 de la constitution roumaine, l'article 118 § 3 de la constitution russe, l'article 143 de la constitution rwandaise, l'article 39 § 7 de la constitution de Sao Tomé-et-Principe, l'article 48 § 1 de la constitution slovaque, l'article 117 de la constitution espagnole, l'article 11 de l'Instrument de gouvernement suédois, l'article 30 § 1 de la constitution suisse, l'article 125 de la constitution ukrainienne et l'article 19 de la constitution de l'Uruguay. De larges clauses de transfert et de retrait des affaires pénales ont été par le passé des instruments essentiels du fonctionnement de ces tribunaux et elles sont inacceptables au regard du principe du juge naturel ou légitime.

46. La présente affaire est très semblable à celle de la communication n° 981/2001 (précitée, § 7-4). Comme les requérants en l'espèce, M. Gómez Casafranca avait été condamné à la peine minimale de la nouvelle loi, qui était de 25 ans, soit plus du double de

l'ont fait, les juridictions nationales ont violé non seulement l'article 4 § 2 du code pénal de la Bosnie-Herzégovine de 2003, mais aussi l'article 7 § 1 de la Convention⁴⁷.

Conclusion

Les juridictions nationales ayant appliqué arbitrairement et rétroactivement la *lex gravior*, je conclus qu'il y a eu violation de l'article 7 § 1 de la Convention. L'effet juridique du constat d'une violation de l'article 7 est que les condamnations des requérants doivent être déclarées nulles et non avenues par la juridiction nationale compétente. L'article 7 ne souffre aucune dérogation, comme l'énonce clairement l'article 15. Or, si les condamnations des requérants demeuraient valables bien qu'il ait été conclu qu'elles ont été prononcées en violation de l'article 7, cela constituerait *de facto* une dérogation à cet article. Une telle dérogation irait à l'encontre non seulement du constat de violation fait par la Cour dans le présent arrêt mais aussi de l'article 15. Si l'Etat défendeur souhaite toujours juger les actes commis par les requérants pendant la guerre de Bosnie, alors un nouveau procès est nécessaire. Lorsqu'Anselm von Feuerbach a énoncé, au paragraphe 24 de son *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts* (1801), l'expression latine *nulla poena sine lege*, il a aussi ajouté que ce principe ne souffrait aucune exception : il doit bénéficier à tous les auteurs d'infractions, que leurs actes soient mineurs ou graves.

la peine minimale prévue par l'ancienne loi, et ce sans que les juridictions nationales n'expliquent ce qu'aurait été la peine en vertu de l'ancienne loi si elle avait été encore applicable.

⁴⁷ Les affaires de MM. Damjanovic et Maktouf illustrent très bien la conclusion à laquelle le gouvernement défendeur lui-même est parvenu à l'égard de la situation générale, précédemment décrite, de l'organisation du système de poursuites et de jugement en Bosnie-Herzégovine (Conseil des ministres de la Bosnie-Herzégovine, Stratégie nationale sur les crimes de guerre, 28 décembre 2008, p. 15).