

LA CHAMBRE D'APPEL

Composée comme suit : M. le Juge Cassese, Président

M. le Juge Li

M. le Juge Deschênes

M. le Juge Abi-Saab

M. le Juge Sidhwa

Assistée de : Mme Dorothee de Sampayo Garrido-Nijgh, Greffier

Arrêt rendu le : 2 octobre 1995

LE PROCUREUR

C/

DUSKO TADIC, ALIAS "DULE"

**ARRÊT RELATIF A L'APPEL DE LA DÉFENSE CONCERNANT
L'EXCEPTION PRÉJUDICIELLE D'INCOMPÉTENCE**

Le Bureau du Procureur :

M. Richard Goldstone, Procureur
M. Grant Niemann
M. Alan Tieger
M. Michael Keegan
Mme Brenda Hollis
M. William Fenrick

Le Conseil de la Défense :

M. Michail Wladimiroff M. Milan Vujin
M. Alphons Orië M. Krstan Smic

I. INTRODUCTION

A. Le jugement en appel

1. La Chambre d'appel du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 (Le "Tribunal international") est saisie d'un appel interjeté par la Défense contre un jugement rendu par la Chambre de première instance II le 10 août 1995. Ce jugement rejetait l'exception préjudicielle d'incompétence du Tribunal international soulevée par l'Appelant.

2. Devant la Chambre de première instance, l'Appelant avait lancé une attaque sur trois fronts :

- a) création illégale du Tribunal international ;
- b) exercice abusif de la primauté du Tribunal international sur les juridictions nationales ;
- c) incompétence *ratione materiae*.

Le jugement dont appel a rejeté la demande de l'Appelant. Pour l'essentiel, son dispositif est libellé comme suit :

"LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE (...) ECARTE PAR LA PRÉSENTE l'exception dans la mesure où elle se rapporte à la primauté et à la compétence d'attribution au titre des articles 2, 3 et 5 et DÉCIDE, par ailleurs, de se déclarer incompétente dans la mesure où ladite exception conteste la création du Tribunal international ;

REJETTE PAR LA PRÉSENTE la demande de la Défense en son exception sur la compétence du Tribunal" (décision relative à l'exception d'incompétence du Tribunal international soulevée par la Défense devant la Chambre de première instance, 10 août 1995, affaire no. IT-94-1-T, p. 33 ; ("Décision de la Chambre de première instance").

L'Appelant allègue maintenant que la Chambre de première instance a commis une erreur de droit.

3. Il ressort clairement du dispositif du jugement que la Chambre de première instance a adopté une approche différente sur le premier chef de contestation, sur lequel elle a refusé de statuer, de celle qu'elle a suivie concernant les deux derniers chefs, qu'elle a rejetés. Il convient de noter cette distinction et nous y reviendrons plus loin.

Cependant, il appert maintenant de l'évolution de l'instance que la question de la compétence a acquis, devant la présente Chambre, une double dimension :

- a) la compétence de la Chambre d'appel à être saisie du présent appel ;
- b) la compétence du Tribunal international à être saisi de l'affaire au fond.

Avant de se pencher sur le fond, il convient d'examiner la question liminaire, à savoir, la Chambre d'appel est-elle compétente pour être saisie du présent appel ?

B. Compétence de la Chambre d'appel

4. L'article 25 du Statut du Tribunal international (Le Statut du Tribunal international, publié originellement comme annexe au Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, (Document des Nations Unies S/25704) et adopté conformément à la résolution 827 (25 mai 1993) du Conseil de sécurité) (dorénavant le "Statut du Tribunal international") adopté par le Conseil de sécurité des Nations Unies, prévoit une procédure d'appel interne au Tribunal international. Cette disposition est conforme au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui insiste sur le droit d'interjeter appel (Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, article 14, paragraphe 5, A.G. Res. 2200 (XXI), 21 U.N. GAOR, supp. (no. 16) 52, Document des Nations Unies A/6316 (1966) ("le Pacte").

Comme l'a reconnu le Procureur du Tribunal international à l'audience des 7 et 8 septembre 1995, le Statut est d'un caractère général et le Conseil de sécurité s'attendait certainement à ce qu'il soit complété, le cas échéant, par le règlement que les juges ont reçu pour mandat d'adopter, en particulier pour "l'audience et les recours" (art. 15). Les juges ont bien adopté ce règlement : chapitre septième du Règlement de procédure et de preuve (Règlement de procédure et de preuve, 107-108, adopté le 11 février 1994 conformément à l'article 15 du Statut du Tribunal international, modifié (IT/32/Rév.5) (dorénavant le "Règlement de procédure et de preuve").

5. Cependant, l'article 73 avait déjà prévu des "Exceptions préjudicielles soulevées par l'accusé", à cinq titres. La première est "l'exception d'incompétence". L'article 72 B) spécifie :

"La Chambre se prononce sur les exceptions préjudicielles *in limine litis*. Les décisions ainsi rendues ne sont pas susceptibles d'appel, sauf dans le cas où la Chambre a rejeté une exception d'incompétence" (Règlement de procédure et de preuve, art. 72 B).

C'est un point facile à comprendre et le Procureur l'énonce clairement dans son argument :

"Je soutiens, premièrement, que clairement dans les limites du Statut, les juges doivent être libres de commenter, de compléter, d'adopter des articles compatibles et, dans la mesure que j'ai mentionnée hier, il habiliterait également les juges à examiner le bien-fondé du Statut et à s'assurer qu'ils peuvent rendre justice dans le contexte international dans le cadre du Statut. Ceci est incontestable.

L'article 72 ne fait, à mon avis, qu'offrir un instrument utile pour réaliser - c'est une disposition juste parce que, sans elle, on pourrait, comme l'a mentionné hier M. Orie dans un contexte certes différent, se retrouver dans la triste situation d'un procès durant des mois ; du Tribunal entendant des témoins pour finir par découvrir, au stade de l'appel que, en fait, il n'aurait pas dû y avoir de procès en raison de l'incompétence du Tribunal, quel qu'en soit le motif.

C'est donc, d'une certaine façon, une règle d'équité pour les deux parties mais particulièrement en faveur de l'accusé pour éviter à une personne le désagrément d'être traduit en justice dans le cadre d'un procès qui n'aurait jamais dû se tenir. C'est vraiment comme les décisions que vous avez prises concernant le Règlement de procédure et de preuve. Dans une certaine mesure, il complète le Statut mais c'était l'intention du Conseil de sécurité quand il a conféré aux juges le pouvoir d'élaborer un Règlement. Ils l'ont fait en sachant que certaines dispositions du Statut devaient être complétées par un Règlement de procédure et de preuve.

(...)

C'est donc, en fin de compte, un article pratique et, si je peux me permettre, un article judiciaire dans l'intérêt de la justice, dans l'intérêt des deux parties et dans l'intérêt du Tribunal dans son ensemble" (Procès-verbal d'audience d'appel sur l'exception d'incompétence, 8 septembre 1995, p. 4 ("Procès-verbal de l'appel")).

La question a, cependant, été soulevée de savoir si les trois moyens avancés par l'Appelant portent vraiment sur la compétence du Tribunal international, élément nécessaire pour qu'ils constituent le fondement d'un appel. Plus spécifiquement, la légalité de la création du Tribunal international et sa primauté peuvent-ils servir de fondements à un tel appel ?

En page 2 de son Mémoire en appel, le Procureur a conclu dans le sens d'une réponse négative, fondée sur la distinction entre la légalité de la création du Tribunal international et sa compétence. Seul le deuxième point peut faire l'objet d'un appel tandis que la légalité et la primauté du Tribunal international ne pourraient pas être contestées en appel (Réponse à l'exception préjudicielle d'incompétence du Tribunal soulevée par la Défense devant la Chambre de première instance du Tribunal international, 7 juillet 1995, affaire no. IT-94-1-T, p. 4 ("Mémoire du Procureur")).

6. Cette interprétation étroite du concept de compétence, soutenue par le Procureur et un *amicus curiae*, s'est heurtée à une vision plus moderne de l'administration de la justice. Une décision sur une question aussi fondamentale que la compétence du Tribunal international ne devrait pas être repoussée à la fin d'une instance potentiellement longue, marquée par l'émotion et onéreuse. Tous les motifs de contestation sur lesquels s'appuie l'Appelant se traduisent, en dernière analyse, par une évaluation de la capacité juridique du Tribunal international de juger son affaire. Ne s'agit-il pas, en fin de compte, d'une question de compétence ? Et quel autre organe que la Chambre d'appel du Tribunal international pourrait être juridiquement habilité à statuer sur cette question De fait - et ce n'est en aucune façon concluant tout en étant, néanmoins,

intéressant : si ces questions n'étaient pas tranchées *in limine litis*, elles pourraient, de toute évidence, être soulevées dans un appel au fond. L'intérêt supérieur de la justice serait-il servi par une décision en faveur de l'accusé, après que celui-ci ait subi ce qui devrait alors être qualifié de procès injustifié. Après tout, une cour de justice se doit d'honorer le bon sens non seulement quand il s'agit de peser les faits mais également au plan de l'examen du droit et du choix de l'article approprié. En cette affaire, la compétence de la présente Chambre à être saisie et à statuer sur l'appel de l'Appelant est incontestable.

C. Moyens d'appel

7. La Chambre d'appel a, en conséquence, entendu les Parties sur tous les points soulevés dans les conclusions. Elle a également lu les mémoires d'*amicus curiae* présentés par *Juristes sans frontières* et le gouvernement des Etats-Unis d'Amérique, auxquels elle fait part de sa gratitude.

8. L'Appelant a présenté deux Mémoires d'appel successifs. Le second Mémoire a été présenté en retard mais, en l'absence d'objection du Procureur, la Chambre d'appel a accordé la prolongation du délai sollicitée par l'Appelant au titre de l'article 116.

Le second Mémoire tend essentiellement à étayer les arguments développés par l'Appelant dans son Mémoire originel. Ils sont présentés sous les titres suivants :

- a) création illégale du Tribunal international ;
- b) exercice abusif de la primauté du Tribunal international sur les juridictions nationales compétentes ;
- c) incompétence *ratione materiae*.

La Chambre d'appel se propose d'examiner chaque moyen d'appel dans l'ordre de leur présentation par l'Appelant.

II. CRÉATION ILLÉGALE DU TRIBUNAL INTERNATIONAL

9. Le premier moyen d'appel attaque la légalité de la création du Tribunal international.

A. Définition de la compétence

10. Dans son examen de l'exception d'incompétence du Tribunal international soulevée par la Défense sur les motifs de l'illégalité de sa création par le Conseil de sécurité, la Chambre de première instance a déclaré :

"Il existe, clairement, des questions de compétence relevant du Tribunal international comme les questions de date, de lieu et de caractère du crime faisant l'objet de poursuites. Ces questions sont qualifiées, à juste titre, de questions juridictionnelles, tandis que la légalité de la création du Tribunal international n'est pas véritablement une question de compétence. Elle porte, plutôt, sur la légalité de sa création (...)" (Décision de la Chambre de première instance, par. 4).

La *petitio principii* sur lequel s'appuie cette affirmation n'explique pas les critères utilisés par la Chambre de première instance pour récuser l'exception d'illégalité de la création du Tribunal international comme exception d'incompétence. Plus important encore, cette proposition implique un concept étroit de la compétence ramené à des exceptions fondées sur les limites de sa portée vis-à-vis du temps, de l'espace, des personnes et de la matière (*ratione temporis, loci, personae et materiae*). Mais la "juridiction" (compétence en français) n'est pas simplement un domaine ou une sphère (mieux décrite dans ce cas par le terme "compétence" - (sens anglais du terme) ; il s'agit fondamentalement - ainsi qu'il ressort de l'origine latine du terme lui-même, *jurisdictio* - d'un pouvoir juridique et donc, nécessairement, d'un pouvoir légitime de "dire le droit" dans ce domaine, de manière définitive et faisant autorité.

C'est son sens dans tous les systèmes juridiques. Ainsi, historiquement, dans la common law, les Termes de la ley fournissent la définition suivante :

"La 'compétence' est une dignité conférée à un homme par le pouvoir de rendre justice dans les affaires traduites devant lui" (STROUD'S JUDICIAL DICTIONARY, 1379 (5e éd., 1986)).

On trouve le même concept dans les définitions données par les dictionnaires courants :

"(La compétence) est le pouvoir d'un tribunal de statuer sur un litige et présuppose l'existence d'une cour dûment constituée dotée du contrôle sur la compétence matérielle et les Parties" (BLACK'S LAW DICTIONARY 712 (6e éd., 1990) citant *Pinner c/ Pinner*, 33 N.C. App. 204, 234 S.E. 2d 633).

11. Un concept étroit de la compétence peut, éventuellement, se justifier dans un cadre national mais pas en droit international. Le droit international, du fait de l'absence d'une structure décentralisée, n'offre pas un système judiciaire intégré assurant une répartition ordonnée du travail entre un certain nombre de tribunaux où certains aspects ou éléments de la compétence en tant que pouvoir pourraient être centralisés ou affectés à l'un d'eux mais pas aux autres. En droit international, chaque tribunal est un système autonome (sauf s'il en est prévu autrement). Certes, l'acte constitutif d'un tribunal international peut limiter certains de ses pouvoirs juridictionnels mais seulement dans la mesure où cette limite ne nuit pas à son "caractère judiciaire", comme nous le verrons plus loin. On ne saurait, cependant, présumer ces limites et, en tout état de cause, elles ne peuvent pas être déduites du concept de compétence proprement dit.

12. Pour nous résumer, si le tribunal international n'était pas créé légalement, il ne serait pas doté du pouvoir légitime de décider en ce qui concerne la date, le lieu, les personnes ou le domaine de la compétence matérielle. L'appel fondé sur l'illégalité de la création du Tribunal international touche le principe même de la compétence en tant que pouvoir d'exercer la fonction judiciaire dans tout domaine. Il est plus radical, dans le sens où il excède et englobe tous les autres appels relatifs à la portée de la compétence. Il s'agit là d'une question préalable qui détermine tous les autres aspects de la compétence.

B. Recevabilité de l'appel fondé sur l'illégalité de la création

du Tribunal international

13. Devant la Chambre de première instance, le Procureur a maintenu que :

1) le Tribunal international n'est pas compétent pour réexaminer sa création par le Conseil de sécurité (Mémoire du Procureur, par. 10-12) ; et, en tout état de cause,

2) la question de savoir si en créant le Tribunal international le Conseil de sécurité a respecté la Charte des Nations Unies pose des "questions politiques" qui ne sont pas susceptibles d'un "recours judiciaire" (*id.*, par. 12-14).

La Chambre de première instance a approuvé cette approche.

Elle comprend deux arguments : le premier se rapporte au pouvoir du Tribunal international d'être saisi de cette exception ; et le second intéresse la qualification du point intéressant l'exception comme une "question politique" et, comme telle, non susceptible de recours judiciaire, qu'elle relève ou non de la compétence du Tribunal.

1. Le Tribunal international est-il compétent ?

14. La Chambre de première instance déclare dans sa décision :

"C'est une chose pour le Conseil de sécurité de prendre soin de s'assurer de la création d'une structure appropriée pour la conduite de procès équitables ; c'en est une autre de déduire, sous quelque angle qu'on se place, de cet établissement attentif, que l'intention était d'habiliter le Tribunal international à contester la légalité de la législation qui l'a créé. La compétence du Tribunal international est précise et étroitement définie ; ainsi que le prévoit l'article premier de son Statut, il est habilité à juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire, sous réserve de limites spatiales et temporelles, et cela conformément audit Statut. C'est là toute l'étendue de la compétence du Tribunal international" (Décision de la Chambre de première instance, par. 8).

Une réserve doit être apportée à la première et la dernière phrases de cette citation. La première phrase suppose une approche subjective, estimant que la compétence ne peut être déterminée exclusivement qu'en se référant aux intentions du Conseil de sécurité ou par déduction de ces intentions, ignorant ainsi totalement tout pouvoir résiduel qui pourrait provenir des conditions de la "fonction judiciaire" proprement dite. C'est également la réserve qu'il convient d'apporter à la dernière phrase.

De fait, la compétence du Tribunal international, qui est définie dans la phrase du milieu et décrite dans la dernière phrase comme "toute l'étendue de la compétence du Tribunal international", ne l'est pas en réalité. Elle est ce qu'on qualifie en droit international de compétence "originelle" ou "principale" et parfois "au fond". Mais elle ne comprend pas la compétence "incidente" ou "implicite", qui découle automatiquement de l'exercice de la fonction judiciaire.

15. Supposer que la compétence du Tribunal international se limite strictement aux "intentions" du Conseil de sécurité le concernant revient à le considérer uniquement comme un "organe subsidiaire" du Conseil de sécurité (*voir* Charte des Nations Unies, art. 7 2) et 29, une "création" entièrement façonnée dans le plus infime détail par son "créateur" et demeurant totalement en son pouvoir et à sa merci. Mais le Conseil de sécurité n'a pas seulement décidé de créer un organe subsidiaire (le seul moyen juridique à sa disposition pour créer un tel organe), il avait aussi clairement l'intention de créer un type spécial d'"organe subsidiaire" : un tribunal.

16. En traitant une affaire identique dans son avis consultatif *Effets de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant des indemnités*, la Cour internationale de Justice a déclaré :

"Il a été soutenu en troisième lieu que le tribunal administratif est un organe subsidiaire, subordonné ou secondaire, et que, par conséquent, ses jugements ne sauraient lier l'Assemblée générale qui l'a créé.

(...)

La question ne peut être résolue en prenant pour base l'étude des rapports entre l'Assemblée générale et le tribunal, c'est-à-dire en déterminant si le tribunal doit être considéré comme un organe subsidiaire, subordonné ou secondaire, ou bien en relevant qu'il a été créé par l'Assemblée générale. La solution dépend de l'intention de l'Assemblée générale quand elle a créé le tribunal et de la nature des fonctions que lui confère son statut. L'examen des termes du statut du tribunal administratif a démontré que l'Assemblée générale a voulu créer un corps judiciaire". (*Effets de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant des indemnités*, C.I.J. Recueil 1954, p. 47, 60-61, avis consultatif du 13 juillet ("Effets de jugements").)

17. La Cour avait, antérieurement, déduit la nature judiciaire du Tribunal administratif des Nations Unies ("TANU") de l'emploi d'une certaine terminologie et d'un certain langage dans le Statut ainsi que de certains de ses attributs. Parmi ces attributs de la fonction judiciaire, le pouvoir conféré par l'article 2, paragraphe 3 du Statut du TANU figure de façon éminente :

"En cas de contestation sur le point de savoir si le Tribunal est compétent, le Tribunal décide" (*id.*, p. 51-52, *citant* le Statut du Tribunal administratif des Nations Unies, art. 2, par. 3).

18. Ce pouvoir, appelé principe de "*Kompetenz-Kompetenz*" en allemand ou "la compétence de la compétence" en français, est un élément et, de fait, un élément majeur de la compétence incidente ou implicite de tout tribunal judiciaire ou arbitral et consiste en sa "compétence de déterminer sa propre compétence". Ce principe est un élément constitutif nécessaire dans l'exercice de la fonction judiciaire et il est inutile qu'il soit expressément prévu dans les documents constitutifs de ces tribunaux, bien qu'il le soit souvent (*voir*, par exemple, Statut de la Cour internationale de Justice, art. 36, par. 6). Mais, pour reprendre les termes de la Cour internationale de Justice :

"Ce principe, que le droit international général admet en matière d'arbitrage, prend une force particulière quand le juge international n'est plus un tribunal arbitral (...) mais une institution préétablie par un acte international qui en définit la compétence et en règle le fonctionnement" (affaire *Nottebohm (Liechtenstein c/ Guatemala)*, exception préliminaire, C.I.J. Recueil 1953, p. 7, 119, (21 mars)).

Ce n'est pas simplement un pouvoir entre les mains du tribunal. En droit international, où il n'existe pas de système judiciaire intégré et où chaque organe judiciaire ou arbitral a besoin d'un acte constitutif spécifique définissant sa compétence, "la première obligation de la Cour - comme de tout autre organe judiciaire - est de déterminer sa propre compétence" (Juge Cordova, opinion dissidente, avis consultatif sur les jugements du Tribunal administratif de l'OIT à l'occasion de plaintes déposées contre l'UNESCO, C.I.J. Recueil 1956, p. 77, 163, avis consultatif du 23 octobre).

19. Il est vrai que ce pouvoir peut être limité par une disposition expresse de l'accord d'arbitrage ou des actes constitutifs des tribunaux permanents, bien que cette dernière possibilité soit controversée, en particulier lorsque les limites risquent de nuire au caractère judiciaire ou à l'indépendance du Tribunal. Mais il est absolument clair qu'une telle limite, dans la mesure où elle est recevable, ne peut pas être déduite sans une disposition expresse autorisant la dérogation ou la restriction de ce principe bien établi du droit international général.

Aucun texte limitatif de ce genre ne figure dans le Statut du Tribunal international et, par conséquent, celui-ci peut et, en fait, doit exercer sa "compétence de la compétence" et examiner l'exception d'incompétence de la Défense dans le but de déterminer sa compétence à être saisi de l'affaire au fond.

20. Le Procureur a soutenu et la Chambre de première instance a maintenu que :

"Le présent Tribunal international n'est pas une juridiction constitutionnelle établie pour examiner les actions des organes des Nations Unies, il est, au contraire, un tribunal pénal doté de pouvoirs clairement définis, comportant une compétence pénale très spécifique et limitée. S'il entend confiner ses décisions à ces limites spécifiques, il n'aura aucune compétence pour examiner la légalité de sa création par le Conseil de sécurité" (Décision de la Chambre de première instance, par. 5 ; voir *également* par. 7, 8, 9, 17 et 24).

Il n'est pas question, bien sûr, que le Tribunal international fasse fonction de tribunal constitutionnel, réexaminant les actions des autres organes des Nations Unies, en particulier celles du Conseil de sécurité, son propre "créateur". Il n'a pas été créé à cette fin, ainsi qu'il ressort clairement de la définition du domaine de sa compétence "principale" ou "au fond" définie dans les articles 1 à 5 de son Statut.

Mais là n'est pas la question. La question dont est saisie la Chambre d'appel est de savoir si le Tribunal international, en exerçant cette compétence "subsidaire", peut examiner la légalité de sa création par le Conseil de sécurité aux seules fins de déterminer sa propre compétence "principale" quant à l'affaire dont il est saisi.

21. La Chambre de première instance a cherché à étayer sa position en s'appuyant sur certaines remarques de la Cour internationale de Justice ou de ses juges individuels (voir Décision de la Chambre de première instance, par. 10-13) aux termes desquels :

"Il est évident que la Cour n'a pas de pouvoirs de contrôle judiciaire ni d'appel en ce qui concerne les décisions prises par les organes des Nations Unies dont il s'agit". (Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, par. 89, avis consultatif du 21 juin) ("Avis consultatif sur la Namibie").

Cependant, toutes ces remarques visent l'hypothèse où la Cour exerce ce contrôle judiciaire comme compétence "principale". Elles ne concernent pas du tout l'hypothèse d'un examen de la légalité des décisions d'autres organes en tant que compétence "subsidaire", dans le but de définir et de pouvoir exercer leur compétence "principale" à l'égard de l'affaire dont ils sont saisis. En fait, dans l'*avis consultatif sur la Namibie*, immédiatement après la remarque précitée et reprise par la Chambre de première instance (concernant sa compétence "principale"), la Cour internationale de Justice exerce la même compétence "subsidaire" que l'on analyse ici :

"La question de la légalité ou de la conformité avec la Charte de la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale ou des résolutions connexes du Conseil de sécurité ne sont pas l'objet de la demande d'avis consultatif. Cependant, dans l'exercice de sa fonction judiciaire et du fait que des objections ont été soulevées, la Cour examinera ces objections dans le cadre de l'exposé de ses motifs avant de décider des conséquences juridiques desdites résolutions" (*id.*, par. 89).

La Cour internationale de Justice a procédé au même type d'examen, notamment dans son avis consultatif "*Effets de jugements*" :

"La légalité du pouvoir de l'Assemblée générale de créer un tribunal compétent pour rendre des jugements liant les Nations Unies a été contestée. En conséquence, il convient d'examiner si la Charte a conféré ce pouvoir à l'Assemblée générale" (Effets de jugements, p. 56).

De toute évidence, plus le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité dans le cadre de la Charte des Nations Unies est large et plus le pouvoir du Tribunal international de réexaminer ses actions est étroit, même au plan de la compétence subsidiaire. Cela ne signifie pas, néanmoins, que ce pouvoir disparaît complètement, en particulier dans les affaires où l'on peut observer une contradiction manifeste avec les Principes et les Buts de la Charte.

22. La Chambre d'appel conclut, par conséquent, que le Tribunal international est compétent pour examiner l'exception d'incompétence le concernant fondée sur l'illégalité de sa création par le Conseil de sécurité.

2. La question en cause est-elle d'un caractère politique et, par conséquent, non susceptible d'une décision judiciaire ?

23. La Chambre de première instance a accepté cet argument et cette qualification (voir Décision de la Chambre de première instance, par. 24).

24. Les doctrines relatives aux "questions politiques" et "questions non susceptibles de recours judiciaire" sont des reliques des réserves afférentes à la "souveraineté", à l'"honneur national" etc. dans les anciens traités d'arbitrage. Elles ont disparu du droit international contemporain, sauf lorsque l'argument de la "question politique" est parfois invoqué devant la Cour internationale de Justice dans des procédures consultatives et, très rarement aussi, dans des procédures contentieuses.

La Cour a constamment rejeté cet argument comme obstacle à l'examen d'une affaire. Elle considère qu'il n'est pas fondé en droit. Aussi longtemps que l'affaire dont elle est saisie ou que la demande d'un avis consultatif est fondée sur une question juridique susceptible de recevoir

une réponse juridique, la Cour se considère tenue d'exercer sa compétence à son sujet, quels que soient le contexte politique ou les autres aspects politiques de la question. Sur ce point, la Cour internationale de Justice a déclaré dans son avis consultatif sur *Certaines dépenses des Nations Unies* :

"On a fait valoir que la question posée à la Cour touche à des questions d'ordre politique et que, pour ce motif, la Cour doit se refuser à donner un avis. Certes, la plupart des interprétations de la Charte des Nations Unies présentent une importance politique plus ou moins grande. Par la nature des choses il ne saurait en être autrement. Mais la Cour ne saurait attribuer un caractère politique à une requête qui l'invite à s'acquitter d'une tâche essentiellement judiciaire, à savoir l'interprétation d'une disposition conventionnelle" (*Certaines dépenses des Nations Unies*, C.I. J. Recueil 1962, p. 151-155, avis consultatif du 20 juillet).

Cette remarque s'applique presque littéralement à la présente affaire.

25. La Chambre d'appel ne considère pas que le Tribunal international ne peut pas examiner l'exception d'incompétence de la Défense du fait du soi-disant caractère "politique" ou "non susceptible de recours judiciaire" de la question qu'elle soulève.

C. La question de la constitutionnalité

26. L'Appelant a avancé de nombreux arguments à l'appui de l'assertion que la création du Tribunal international est illégale aux termes de la Charte des Nations Unies ou qu'il n'a pas été dûment créé par la loi. Bon nombre de ces arguments ont été présentés oralement et par dépositions écrites devant la Chambre de première instance. L'Appelant a demandé à cette même Chambre d'incorporer dans l'argument présenté devant la Chambre d'appel tous les points avancés en première instance (*voir Procès-verbal de l'appel*, 7 septembre 1995, par. 7). En dehors des questions abordées spécifiquement ci-après, la Chambre d'appel n'entend pas revenir sur la façon dont ces questions ont été traitées par la Chambre de première instance.

27. La Chambre de première instance a récapitulé les demandes de l'Appelant comme suit :

"Il est avancé que, pour être légalement constitué, le Tribunal international aurait dû être créé soit par traité, l'acte consensuel des Etats, soit par amendement à la Charte des Nations Unies, et non par une résolution du Conseil de sécurité. Plusieurs considérations sont avancées à l'appui de cet argument général : l'établissement d'un tribunal pénal *ad hoc* n'avait jamais été envisagé avant la création du Tribunal international en 1993 ; l'Assemblée générale, dont la participation aurait au moins garanti la représentation de l'ensemble de la communauté internationale, n'a pas participé à sa création ; la Charte n'a jamais envisagé que le Conseil de sécurité puisse, aux termes du chapitre VII, établir un organe judiciaire, moins encore un tribunal pénal ; le Conseil de sécurité a manqué de cohérence en créant ledit Tribunal après n'avoir pas pris de mesure identique dans le cadre d'autres conflits dans lesquels on a pu observer des violations du droit international humanitaire ; la création du Tribunal international n'a ni encouragé, ni été en mesure de promouvoir la paix internationale, comme le démontre la situation actuelle dans l'ex-Yougoslavie ; le Conseil de sécurité n'est pas habilité, en tout état de cause, à créer une responsabilité pénale pour des individus : or c'est ce qui ressort de la création du Tribunal international ; il n'existait pas et il n'existe toujours pas d'urgence internationale qui justifie l'action du Conseil de sécurité ; aucun organe politique comme le Conseil de sécurité ne peut créer un tribunal indépendant et impartial ; il existe un défaut intrinsèque dans la création, après coup, de tribunaux *ad hoc* pour juger de types spécifiques de crimes et, enfin, conférer au Tribunal international la primauté sur les juridictions nationales est, en tout état de cause et en soi, fondamentalement erroné" (*Décision de la Chambre de première instance*, par. 2).

Ces arguments soulèvent une série de questions constitutionnelles qui sont toutes axées sur les limites du pouvoir du Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies et la détermination des actions ou mesures qui peuvent être prises aux termes de ce chapitre, en particulier la création d'un tribunal pénal international. Sous la forme interrogative, ils se présentent comme suit :

1. Existait-il réellement une menace contre la paix justifiant le recours au chapitre VII comme fondement juridique de la création du Tribunal international ?
2. Si l'on postule l'existence d'une telle menace, le Conseil de sécurité était-il habilité, en vue de rétablir ou de maintenir la paix, à prendre toutes mesures de son choix ou était-il tenu de choisir parmi celles expressément visées aux articles 41 et 42 (et, éventuellement, à l'article 40) ?
3. Dans ce dernier cas, comment la création d'un tribunal pénal international peut-elle se justifier, du fait qu'elle ne figure pas parmi les mesures mentionnées dans des articles et qu'elle est d'une nature différente ?

1. Le pouvoir du Conseil de sécurité d'invoquer le chapitre VII

28. L'article 39 ouvre le chapitre VII de la Charte des Nations Unies et définit les conditions de son application. Il stipule :

"Le Conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises conformément aux Articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales" (*Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, art. 39).

Il ressort clairement de ce texte que le Conseil de sécurité joue un rôle pivot et exerce un très large pouvoir discrétionnaire aux termes de cet article. Mais cela ne signifie pas que ses pouvoirs sont illimités. Le Conseil de sécurité est un organe d'une organisation internationale, établie par un traité qui sert de cadre constitutionnel à ladite organisation. Le Conseil de sécurité est, par conséquent, assujéti à certaines limites constitutionnelles, aussi larges que puissent être ses pouvoirs tels que définis par la constitution. Ces pouvoirs ne peuvent pas, en tout état de cause, excéder les limites de la compétence de l'Organisation dans son ensemble, pour ne pas mentionner d'autres limites spécifiques ou celles qui peuvent découler de la répartition interne des pouvoirs au sein de l'Organisation. En tout état de cause, ni la lettre ni l'esprit de la Charte ne conçoivent le Conseil de sécurité comme *legibus solutus* (échappant à la loi).

En particulier, l'article 24, après avoir déclaré, au paragraphe 1, que les Membres des Nations Unies "confèrent au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales", lui impose au paragraphe 3 l'obligation de présenter un rapport annuel (ou plus fréquemment) à l'Assemblée générale et prévoit, point plus important encore, au paragraphe 2 que :

"Dans l'accomplissement de ces devoirs, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations Unies. Les pouvoirs

spécifiques accordés au Conseil de sécurité pour lui permettre d'accomplir lesdits devoirs sont définis aux chapitres VI, VII, VIII et XII" (*id.*, art. 24 2)).

Le texte de la Charte vise donc des pouvoirs spécifiques et non un pouvoir absolu.

29. Quelles sont l'étendue et, le cas échéant, les limites des pouvoirs du Conseil de sécurité aux termes de l'article 39 ?

Le Conseil de sécurité joue un rôle central dans l'application des deux parties de l'article. C'est le Conseil de sécurité qui constate s'il existe une des situations justifiant l'utilisation des "pouvoirs exceptionnels" du chapitre VII. Et c'est également le Conseil de sécurité qui choisit la réponse à une telle situation : ou il présente des recommandations (c'est-à-dire qu'il choisit de ne pas recourir aux pouvoirs exceptionnels mais de continuer à opérer dans le cadre du chapitre VI ou il décide d'utiliser les pouvoirs exceptionnels en ordonnant des *mesures* devant être prises conformément aux articles 41 et 42 en vue de maintenir ou de rétablir la paix et la sécurité internationales. Les situations justifiant le recours aux pouvoirs prévus au chapitre VII sont "une menace contre la paix", une "rupture de la paix" ou un "acte d'agression". S'il est plus facile de donner une définition juridique de l'"acte d'agression", la "menace contre la paix" est davantage un concept politique. Mais la décision selon laquelle il existe une telle menace n'est pas totalement discrétionnaire puisqu'elle doit rester, pour le moins, dans les limites des Buts et Principes de la Charte.

30. Il n'est pas nécessaire, aux fins de la présente décision, d'examiner plus avant la question des limites du pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité pour décider de l'existence d'une "menace contre la paix", et ce pour deux raisons.

La première est qu'un conflit armé (ou une série de conflits armés) se déroulait sur le territoire de l'ex-Yougoslavie bien avant que le Conseil de sécurité décide de créer le présent Tribunal international. Si ce conflit est considéré comme un conflit armé international, il est indéniable qu'il tombe dans le champ de l'interprétation littérale de l'expression "rupture de la paix" (entre les Parties ou, pour le moins, en tant que "menace contre la paix" concernant d'autres parties).

Mais même s'il est considéré simplement comme un "conflit armé interne", il constitue néanmoins une "menace contre la paix" d'après la pratique établie du Conseil de sécurité et l'interprétation partagée par les Membres des Nations Unies en général. De fait, l'action du Conseil de sécurité est riche de situations de menaces civiles ou de conflits internes qu'il a qualifiées de "menace contre la paix" et réglées dans le cadre du chapitre VII, avec le soutien ou à la demande de l'Assemblée générale, comme la crise du Congo au début des années soixante et, plus récemment, au Libéria et en Somalie. On peut donc avancer qu'il existe une interprétation commune, manifestée par la "pratique ultérieure" des Membres des Nations Unies dans leur ensemble, selon laquelle la "menace contre la paix" de l'article 39 peut inclure les conflits armés internes.

La deuxième raison, plus spécifique à l'affaire qui nous intéresse, est que l'Appelant a modifié sa position par rapport à celle figurant dans le Mémoire présenté à la Chambre de première instance. L'Appelant ne conteste plus le pouvoir du Conseil de sécurité de décider si la situation dans l'ex-Yougoslavie constituait une menace contre la paix ni la décision proprement dite. Il reconnaît, de surcroît, que le Conseil de sécurité "est habilité à s'attaquer à (*sic*) ces menaces (...) par des mesures appropriées" (Mémoire de la Défense à l'appui de la notification de l'appel, 25 août 1995, affaire no. IT-94-1-AR72, par. 5.1 ("Mémoire en appel de la Défense"). Mais il continue de contester la légalité et le caractère approprié des mesures choisies à cette fin par le Conseil de sécurité.

2. Le champ des mesures envisagées en vertu du chapitre VII

31. Une fois que le Conseil de sécurité décide qu'une situation particulière constitue une menace contre la paix ou qu'il existe une rupture de la paix ou un acte d'agression, il est doté d'un large pouvoir discrétionnaire pour choisir son type d'action : comme nous l'avons observé plus haut (*voir* par. 29) il peut soit continuer, malgré sa décision, à agir sous forme de recommandations, c'est-à-dire comme s'il s'agissait au titre du chapitre VI ("Règlement pacifique des différends"), soit toujours exercer ses pouvoirs exceptionnels au titre du chapitre VII. Pour reprendre les termes de l'article 39, il décide alors "quelles mesures seront prises conformément aux articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales" (art. 39 de la Charte des Nations Unies).

Une question se pose à cet égard : le choix du Conseil de sécurité est-il limité aux mesures prévues aux articles 41 et 42 de la Charte (comme le suggère le texte de l'article 39), ou est-il doté d'une plus grande discrétion sous forme de pouvoirs généraux pour maintenir et rétablir la paix et la sécurité au titre de l'ensemble du chapitre VII ? Dans ce dernier cas, il n'est pas nécessaire de trouver chaque mesure prise par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII dans les limites des articles 41 et 42 ou, peut-être, de l'article 40. En tout état de cause, selon ces deux interprétations, le Conseil de sécurité est doté d'un large pouvoir discrétionnaire pour décider des mesures à prendre et évaluer leur caractère adéquat. Le texte de l'article 39 est parfaitement clair pour ce qui est de canaliser les pouvoirs très larges et exceptionnels du Conseil de sécurité au titre du chapitre VII par la voie des articles 41 et 42. Ces deux articles confèrent un choix si large au Conseil de sécurité qu'il est inutile de chercher, pour des motifs fonctionnels ou autres, des pouvoirs plus étendus et plus généraux que ceux prévus expressément par la Charte.

Ces pouvoirs sont d'un caractère coercitif vis-à-vis de l'Etat ou de l'organe coupable. Mais ils sont également contraignants vis-à-vis des autres Etats Membres, qui sont tenus de coopérer avec l'Organisation (art. 2, par. 5 ; art. 25 et 48) et les uns avec les autres (art. 49) dans l'exécution de l'action ou des mesures décidées par le Conseil de sécurité.

3. La création du Tribunal international en tant que mesure prise

en vertu du chapitre VII

32. De même que pour la détermination de l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression, le Conseil de sécurité est doté d'un très large pouvoir discrétionnaire pour choisir le type d'action appropriée et pour évaluer le caractère pertinent des mesures choisies ainsi que leur contribution potentielle au rétablissement ou au maintien de la paix. Mais là encore, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas illimité ; de surcroît, il est limité aux mesures prévues aux articles 41 et 42. En fait, dans l'affaire qui nous occupe, ce dernier point sert de fondement à l'argument de l'Appelant pour ce qui est de l'illégalité de la création du Tribunal international.

Dans sa résolution 827, le Conseil de sécurité considère que "dans les circonstances particulières qui prévalent dans l'ex-Yougoslavie", la création du Tribunal international "contribuerait à la restauration et au maintien de la paix" et précise que, en le créant, le Conseil de sécurité agissait en vertu du chapitre VII (C.S. Res. 827, Document des Nations Unies S/RES/827 (1993)). Cependant, il n'a pas précisé d'article particulier comme fondement à son action.

L'Appelant a attaqué la légalité de cette décision à différents stades devant la Chambre de première instance ainsi que devant la présente Chambre en s'appuyant au moins sur trois motifs

a) la création d'un tel tribunal n'a jamais été envisagée par les auteurs de la Charte comme l'une des mesures devant être adoptée en vertu du chapitre VII, ainsi qu'en témoigne le fait qu'elle ne figure nulle part dans les dispositions dudit chapitre et, plus particulièrement, aux articles 41 et 42 qui détaillent ces mesures ;

b) le Conseil de sécurité est, constitutionnellement ou fondamentalement, incapable de créer un organe judiciaire puisqu'il est conçu d'après la Charte comme un organe exécutif, qui n'est donc pas doté de pouvoirs judiciaires pouvant être exercés par l'intermédiaire d'un organe subsidiaire ;

c) la création du Tribunal international n'a ni encouragé ni été en mesure de promouvoir la paix internationale, comme le démontre la situation actuelle dans l'ex-Yougoslavie.

a) Quel article du chapitre VII sert de fondement à la création d'un Tribunal ?

33. La création d'un tribunal pénal international n'est pas expressément mentionnée parmi les mesures de coercition prévues au chapitre VII et plus particulièrement aux articles 41 et 42.

De toute évidence, la création du Tribunal international n'est pas une mesure prise en vertu de l'article 42, puisque ce dernier vise des mesures de caractère militaire, impliquant l'usage de la force armée. Elle ne peut pas non plus être considérée comme une "mesure provisoire" au titre de l'article 40. Ces mesures, comme l'indique leur dénomination, ont pour but d'agir en tant qu'"opération défensive", de produire un "*statu quo*" ou un "délai de réflexion", sans qu'elles "préjugent en rien les droits, les prétentions ou la position des parties intéressées" (art. 40 de la Charte des Nations Unies). Elles s'apparentent davantage à une action de police d'urgence qu'à l'activité d'un organe judiciaire dispensant la justice conformément au droit. De plus, n'étant pas des mesures de coercition, d'après le texte de l'article 40 lui-même ("avant de faire les recommandations ou de décider des mesures à prendre conformément à l'article 39"), ces mesures provisoires sont assujetties aux limites de l'article 2, paragraphe 7 de la Charte et la question de leur caractère obligatoire ou de recommandation fait l'objet d'une vive controverse ; le Tribunal international ne saurait donc avoir été créé au titre de ces mesures.

34. De prime abord, le Tribunal international correspond parfaitement à la description à l'article 41 des "mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée". L'Appelant a soutenu, cependant, devant la Chambre de première instance et la présente Chambre d'appel que :

"... il est clair que la création d'un tribunal pour crimes de guerre n'était pas visée. Les exemples mentionnés dans ledit article se concentrent sur des mesures économiques et politiques et ne suggèrent aucunement des mesures judiciaires" (Mémoire à l'appui de l'exception préjudicielle d'incompétence du Tribunal présentée par la Défense devant la Chambre de première instance du Tribunal international, 23 juin 1995, affaire no. IT-94-1-T, par. 3.2.1 ("Mémoire de la Défense en instance")).

Il a également été avancé que les mesures envisagées au titre de l'article 41 sont toutes des mesures devant être appliquées par les Etats Membres, ce qui n'est pas le cas avec la création du Tribunal international.

35. Le premier argument ne tient pas. L'article 41 est rédigé comme suit :

"Le Conseil de sécurité peut décider quelles mesures n'impliquant pas l'emploi de la force armée doivent être prises pour donner effet à ses décisions, et peut inviter les Membres des Nations Unies à appliquer ces mesures. Celles-ci peuvent comprendre l'interruption complète ou partielle des relations économiques et des communications ferroviaires, maritimes, aériennes, postales, télégraphiques, radio-électriques et des autres moyens de communication, ainsi que la rupture des relations diplomatiques" (art. 41 de la Charte des Nations Unies).

Il est évident que les mesures visées à l'article 41 constituent simplement des exemples illustratifs qui, manifestement, n'excluent pas d'autres mesures. L'article exige simplement qu'elles ne fassent pas appel à "l'emploi de la force armée". C'est une définition négative.

Le fait que les exemples ne mentionnent pas de mesures judiciaires se rapproche de l'autre argument, à savoir que l'article n'envisage pas l'application de mesures institutionnelles directement par les Nations Unies par l'intermédiaire de l'un de leurs organes mais, comme le suggèrent les exemples donnés, uniquement des actions prises par les Etats Membres, comme des sanctions économiques (coordonnées, éventuellement, par un organe de l'institution). Cependant, comme mentionné plus haut, rien dans l'article ne suggère que les mesures sont limitées à celles appliquées par les Etats. L'article prescrit uniquement les caractéristiques que ces mesures ne peuvent pas revêtir. Il ne dit ni ne suggère ce qu'elles doivent être.

De surcroît, même une simple analyse littérale de l'article indique que le premier membre de la première phrase comporte une prescription très générale qui peut concilier à la fois une action institutionnelle et celle d'Etats Membres. Le deuxième membre de cette même phrase peut être interprété comme se référant particulièrement à une espèce de cette très large catégorie de mesures visée dans le premier membre, mais pas nécessairement la seule, à savoir les mesures appliquées directement par les Etats. Il est clair également que la deuxième phrase commence avec "celles-ci" et non "celles-là" et se rapporte aux "espèces" mentionnées dans la deuxième phrase plutôt qu'au "genre" visé dans le premier membre de la première phrase.

36. Logiquement, si l'Organisation peut prendre des mesures qui doivent être appliquées par l'intermédiaire de ses Membres, elle peut, *a fortiori*, prendre des mesures qu'elle peut appliquer directement par le canal de ses propres organes, s'il se trouve qu'elle en a les ressources. Seul le manque de ressources contraint les Nations Unies à agir par l'intermédiaire de leurs Etats Membres. Mais le fait qu'elles soient appliquées collectivement relève de l'essence même des "mesures collectives". L'action entreprise par les Etats Membres pour le compte de l'Organisation n'est qu'un pis-aller, faute de mieux. C'est également le cas de l'article 42 relatif aux mesures impliquant l'emploi de la force armée.

Pour récapituler, la création du Tribunal international relève indéniablement des pouvoirs du Conseil de sécurité en vertu de l'article 41.

b) Le Conseil de sécurité peut-il établir un organe subsidiaire doté

de pouvoirs judiciaires ?

37. L'argument selon lequel le Conseil de sécurité, n'étant pas doté de pouvoirs judiciaires, ne peut pas créer un organe subsidiaire qui en serait pourvu est insoutenable ; il résulte d'une erreur de compréhension fondamentale du cadre constitutionnel de la Charte.

De toute évidence, le Conseil de sécurité n'est pas un organe judiciaire et il n'est pas doté de pouvoirs judiciaires (bien qu'il puisse subsidiairement réaliser certaines activités quasi-judiciaires comme rendre des décisions ou des conclusions). Sa fonction primordiale est le maintien de la paix et de la sécurité internationales, dont il s'acquitte en exerçant des pouvoirs de décision et d'exécution.

38. La création du Tribunal international par le Conseil de sécurité ne signifie pas, cependant, qu'il lui a délégué certaines de ses propres fonctions ou l'exercice de certains de ses propres pouvoirs. Elle ne signifie pas non plus, a contrario, que le Conseil de sécurité usurpe une partie d'une fonction judiciaire qui ne lui appartient pas mais qui, d'après la Charte, relève d'autres organes des Nations Unies. Le Conseil de sécurité a recouru à la création d'un organe judiciaire sous la forme d'un tribunal pénal international comme un instrument pour l'exercice de sa propre fonction principale de maintien de la paix et de la sécurité, c'est-à-dire comme une mesure contribuant au rétablissement et au maintien de la paix dans l'ex-Yougoslavie.

L'Assemblée générale n'a pas eu besoin d'être dotée de fonctions et de pouvoirs militaires et policiers pour pouvoir créer la Force d'Urgence des Nations Unies au Moyen Orient ("FUNU") en 1956. Pas plus qu'elle n'a eu besoin d'être un organe judiciaire doté de fonctions et de pouvoirs judiciaires pour être en mesure d'établir le Tribunal administratif des Nations Unies. Dans son avis consultatif rendu dans l'affaire *Effets de jugements*, la Cour internationale de Justice, répondant pratiquement à la même objection, a déclaré :

"La Charte ne confère pas de fonctions judiciaires à l'Assemblée générale (...). En créant le Tribunal administratif, l'Assemblée générale ne délègue pas l'exercice de ses propres fonctions : elle exerçait son pouvoir aux termes de la Charte de régler les relations du personnel" (*Effets de jugements*, p. 61).

c) La création du Tribunal international fut-elle une mesure appropriée ?

39. Le troisième argument vise le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité au plan de l'évaluation du caractère approprié de la mesure choisie et de son efficacité dans la réalisation de son objectif, le rétablissement de la paix.

L'article 39 laisse le choix des moyens et leur évaluation au Conseil de sécurité, qui bénéficie de larges pouvoirs discrétionnaires à cet égard ; et il n'aurait pas pu en être autrement, ce choix demandant une évaluation politique de situations extrêmement complexes et fluctuantes.

Ce serait une erreur de conception totale sur ce que sont les critères de légalité et de validité en droit que de tester la légalité de ces mesures *ex post facto* par leur succès ou leur échec à atteindre leurs objectifs (dans le cas présent, le rétablissement de la paix dans l'ex-Yougoslavie dans le cadre duquel la création du Tribunal international n'est que l'une de nombreuses mesures adoptées par le Conseil de sécurité).

40. Pour les raisons susmentionnées, la Chambre d'appel considère que le Tribunal international a été légalement créé comme mesure prise en vertu du chapitre VII de la Charte.

4. La création du Tribunal international contrevient-elle au principe général

selon lequel les tribunaux doivent être "établis par la loi" ?

41. L'Appelant conteste la création du Tribunal international en alléguant qu'il n'a pas été établi par la loi. Le droit d'une personne à ce qu'une accusation pénale portée contre elle soit entendue par un tribunal établi par la loi est énoncé à l'article 14, paragraphe 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il stipule :

"...Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil".

On relève des dispositions identiques dans l'article 6 1) de la Convention européenne des droits de l'homme, qui énonce :

"Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle" (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, art. 6, par. 1, 213 U.N.T.S. 222 ("CEDH")).

ainsi qu'à l'article 8 1) de la Convention américaine des droits de l'homme, qui déclare :

"Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue, avec les garanties appropriées et dans un délai raisonnable, par un tribunal compétent, indépendant et impartial, antérieurement établi par la loi" (Convention américaine des droits de l'homme, 22 novembre 1969, art. 8, par. 1, série des Traités de l'OEA, no. 36, O.A.S. Off. Rec. OEA/Ser. L/V/II.23 doc Rév. 2 ("ACHR")).

L'Appelant soutient que le droit à ce qu'une accusation pénale soit entendue par un tribunal établi par la loi fait partie du droit international au titre des "principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées", l'une des sources du droit international mentionnées à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. A l'appui de cette allégation, l'Appelant souligne le caractère fondamental des garanties d'un "procès impartial" ou "d'une procédure régulière" visées dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention européenne des droits de l'homme et la Convention américaine des droits de l'homme. L'Appelant soutient qu'il s'agit de conditions minima en droit international pour l'administration de la justice pénale.

42. Pour les raisons exposées brièvement ci-après, l'Appelant n'a pas convaincu la présente Chambre que les conditions énoncées dans ces trois conventions doivent s'appliquer non seulement dans le contexte des systèmes juridiques nationaux mais aussi dans le cadre des instances se déroulant devant un tribunal international. La présente Chambre est, cependant, convaincue que le principe selon lequel un tribunal doit être établi par la loi, comme expliqué ci-dessous, est un principe général du droit imposant une obligation internationale qui ne s'applique

qu'à l'administration de la justice pénale dans un cadre national. D'après ce principe, tous les Etats sont tenus d'organiser leur justice pénale de manière à garantir à toutes les personnes le droit à ce qu'une accusation pénale soit entendue par un tribunal établi par la loi. Cela ne signifie pas cependant qu'à l'opposé, un tribunal pénal international pourrait être créé par le simple caprice d'un groupe de gouvernements. Un tel tribunal doit trouver racine dans la règle de droit et offrir toutes les garanties figurant dans les instruments internationaux pertinents. On peut alors dire que le tribunal est "établi par la loi".

43. En fait, il existe trois interprétations possibles de l'expression "établi par la loi". Premièrement, comme le soutient l'Appelant, elle pourrait signifier établi par un organe législatif. L'Appelant allègue que le Tribunal international est le produit "d'une simple décision d'un organe exécutif" et non d'un "processus de décision sous contrôle démocratique, nécessaire pour créer un organe judiciaire dans une société démocratique". Par conséquent, l'Appelant maintient que le Tribunal international n'a pas été "établi par la loi" (Mémoire en appel de la Défense, par. 5.4).

La jurisprudence appliquant l'expression "établi par la loi" dans la Convention européenne des droits de l'homme a favorisé cette interprétation. Cette jurisprudence confirme l'opinion que la disposition pertinente vise à assurer que, dans une société démocratique, les tribunaux ne dépendent pas du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif ; ils doivent plutôt être réglementés par la loi émanant du Parlement (*voir Zand c/ Autriche*, app. no. 7360/76, 15 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 70, par. 80 (1979) ; *Piersack c/ Belgique*, app. no. 8692/79, 47 Eur. Ct. H.R. (ser. B) par. 12 (1981) ; *Crociani, Palmiotti, Tanassi et D'Ovidio c/ Italie*, app. nos 8603/79, 8722/79 & 8729/79 (conjoint) 22 Eur. Comm'n H.R. De. & Rep. 147, par. 219 (1981)).

Ou bien, présenté d'une autre façon, la garantie a pour but d'assurer que l'administration de la justice n'est pas une question laissée au pouvoir discrétionnaire de l'exécutif mais qu'elle est régie par la législation adoptée par l'organe législatif.

Il est clair que la séparation des pouvoirs entre le législatif, l'exécutif et le judiciaire, qui est largement retenue dans la plupart des systèmes nationaux, ne s'applique pas au cadre international ni, plus spécifiquement, au cadre d'une organisation internationale comme les Nations Unies. La répartition des trois fonctions judiciaire, exécutive et législative entre les principaux organes des Nations Unies n'est pas clairement tranchée. S'agissant de la fonction judiciaire, la Cour internationale de Justice est, de toute évidence, l'"organe judiciaire principal" (*voir* Charte des Nations Unies, art. 92). Il n'existe pas, cependant, d'organe législatif dans l'acception technique du terme dans le système des Nations Unies et, plus généralement, pas de Parlement dans la communauté mondiale. Cela signifie qu'il n'existe pas d'organe officiellement habilité à promulguer des lois ayant un effet contraignant direct sur des sujets juridiques internationaux.

Il est, de toute évidence, impossible de classer les organes des Nations Unies en fonction de la répartition précitée qui existe dans le droit interne des Etats. En fait, l'Appelant est convenu que la structure constitutionnelle des Nations Unies ne suit pas la séparation des pouvoirs que l'on observe souvent dans les constitutions nationales. En conséquence, l'élément "séparation des pouvoirs" de la condition qu'un tribunal soit "établi par la loi" ne s'applique pas en droit international. Le principe susmentionné ne peut imposer d'obligation qu'aux Etats en ce qui concerne le fonctionnement de leurs propres systèmes nationaux.

44. Une deuxième interprétation possible est que l'expression "établi par la loi" vise la création de tribunaux internationaux par un organe qui, bien que n'étant pas un Parlement, est néanmoins doté du pouvoir limité de prendre des décisions contraignantes. A notre avis, le Conseil de sécurité est l'un de ces organes quand, agissant au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies, il prend des décisions contraignantes en vertu de l'article 25 de la Charte.

Toutefois, selon l'Appelant, il faut quelque chose de plus pour qu'un tribunal soit "établi par la loi". L'Appelant allègue que les différences entre le système des Nations Unies et la séparation nationale des pouvoirs examinées ci-dessus amènent à conclure que le Système des Nations Unies n'est pas habilité à créer le Tribunal international à moins d'un amendement à la Charte des Nations Unies. Nous rejetons cet argument. Le fait que les Nations Unies ne soient pas dotées d'un organe législatif ne signifie pas que le Conseil de sécurité n'est pas habilité à créer le présent Tribunal international s'il agit conformément à des pouvoirs conférés par sa propre constitution, la Charte des Nations Unies. Nous venons de le voir (par. 28-40), nous sommes d'avis que le Conseil de sécurité est doté du pouvoir de créer le présent Tribunal international comme une mesure prise en vertu du chapitre VII suite à sa décision selon laquelle il existe une menace contre la paix.

De plus, la création du Tribunal international a été approuvée et soutenue à maintes reprises par l'organe "représentatif" des Nations Unies, l'Assemblée générale ; cet organe a non seulement participé à sa création, en élisant les juges et en adoptant son budget mais a aussi encouragé les activités du Tribunal international et exprimé sa satisfaction à leur égard dans diverses résolutions (*voir* A.G. Res. 48/88 (20 décembre 1993) et A.G. Res. 48/143 (20 décembre 1993), A.G. Res. 49/10 (8 novembre 1994) et A.G. Res. 49/205 (23 décembre 1994)).

45. La troisième interprétation possible de la condition que le Tribunal international soit "établi par la loi" est que sa création doit être conforme à la règle de droit. Cela semble être l'interprétation la plus raisonnable et la plus probable de l'expression dans le contexte du droit international. Pour qu'un tribunal comme celui-ci soit créé conformément à la règle de droit, il doit être établi conformément aux normes internationales appropriées ; il doit offrir toutes les garanties d'équité, de justice et d'impartialité, en toute conformité avec les instruments internationalement reconnus relatifs aux droits de l'homme.

Cette interprétation de la garantie qu'un tribunal est "établi par la loi" est confirmée par une analyse du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ainsi qu'il est noté par la Chambre de première instance, quand l'article 14 du Pacte a été rédigé, on a cherché, sans succès, à le modifier pour exiger que les tribunaux soient "pré-établis" par la loi et pas simplement "établis par la loi" (Décision de la Chambre de première instance, par. 34). Deux propositions identiques ont été présentées à cet effet (une par le représentant du Liban et l'autre par le représentant du Chili) ; si l'amendement avait été adopté, son effet aurait été d'empêcher la création de tous les tribunaux *ad hoc*. En réponse, le délégué des Philippines a noté les inconvénients d'utiliser l'expression "pré-établi par la loi" :

"Si la proposition chilienne ou libanaise est adoptée, un pays ne sera jamais en mesure de réorganiser ses tribunaux. De même, on pourrait soutenir que le tribunal de Nuremberg n'existait pas à l'époque à laquelle les criminels de guerre commettaient leurs crimes" (*voir* E/CN.4/SR.109. Conseil économique et social des Nations Unies, Commission des droits de l'homme, 5e session, Sum. Rec. 8 juin 1949, Document des Nations Unies 6).

Comme l'a observé la Chambre de première instance dans sa décision, les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo sont généralement considérés comme ayant donné aux accusés un procès globalement équitable au sens procédural du terme sur la plupart des points (Décision de la Chambre de première instance, par. 34). Le point important pour déterminer si un tribunal a été "établi par la loi" n'est pas de savoir s'il a été pré-établi ou établi dans un but ou pour une situation spécifiques ; ce qui importe, c'est qu'il soit établi par un organe compétent dans le respect des procédures juridiques pertinentes et qu'il observe les exigences de l'équité procédurale.

Cette préoccupation à l'égard des tribunaux *ad hoc* qui opèrent de façon à ne pas assurer aux personnes traduites devant eux les garanties d'un procès équitable sous-tend également l'interprétation par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies de l'expression "établi par la loi" figurant à l'article 14, paragraphe 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ledit Comité n'a pas décidé que les tribunaux "extraordinaires" ou les cours "spéciales" sont incompatibles avec la condition selon laquelle les tribunaux doivent être établis par la loi mais il a été d'avis que la disposition vise à assurer que toute juridiction, qu'elle soit "spéciale" ou non, offre véritablement à l'accusé les garanties intégrales d'un procès équitable prévues à l'article 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques (*voir* Commentaires généraux sur l'article 14, H.R. Comm., 43e session, supp. no. 40, par. 4, Document des Nations Unies A/43/40 (1988), Cariboni c/ Uruguay H. R. Comm. 159/83, 39e session, supp. no. 40, Document des Nations Unies A/39/40). Une approche identique a été adoptée par la Commission inter-américaine (*voir*, par exemple, Inter-Am C.H.R., Rapport annuel 1972, OAS/Ser. P, AG/doc. 305/73 rev. 1, 14 mars 1973, p. 1 ; Inter-Am C. H.R., Rapport annuel 1973, OAS/Ser. P, AG/doc. 409/174, 5 mars 1974, p. 2-4). La pratique du Comité des droits de l'homme relative au devoir des Etats de présenter des rapports sur leurs obligations indique sa tendance à examiner attentivement les tribunaux pénaux "extraordinaires" ou "spéciaux" dans le but de s'assurer qu'ils garantissent le respect des conditions d'un procès équitable prévues à l'article 14.

46. Un examen du Statut du Tribunal international et du Règlement de procédure et de preuve adopté conformément au Statut invite à conclure qu'il a été établi conformément à la règle de droit. Les garanties d'un procès équitable prévues à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ont été adoptées presque *verbatim* à l'article 21 du Statut. D'autres garanties d'un procès équitable figurent dans le Statut et dans le Règlement de procédure et de preuve. Par exemple, l'article 13, paragraphe 1 du Statut assure la haute moralité, l'impartialité, l'intégrité et la compétence des juges du Tribunal international tandis que diverses autres dispositions du Règlement garantissent l'égalité des parties et un procès équitable.

47. En conclusion, la Chambre d'appel est d'avis que le Tribunal international a été établi conformément aux procédures appropriées dans le cadre de la Charte des Nations Unies et offre toutes les garanties nécessaires à un procès équitable. Il a, par conséquent, été "établi par la loi".

48. Le premier moyen d'appel, la création illégale du Tribunal international, est donc rejeté.

III. EXERCICE ABUSIF DE LA PRIMAUTÉ DU TRIBUNAL INTERNATIONAL SUR LES JURIDICTIONS NATIONALES COMPÉTENTES

49. Le deuxième moyen d'appel conteste la primauté du Tribunal international sur les juridictions internes.

50. Cette primauté est établie par l'article 9 du Statut du Tribunal international, qui stipule :

"Compétences concurrentes

1. Le Tribunal international et les juridictions internes sont concurremment compétents pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis le 1er janvier 1991.

2. *Le Tribunal international a la primauté sur les juridictions internes.* A tout stade de la procédure, il peut demander officiellement aux juridictions internes de se dessaisir en sa faveur, conformément au présent Statut et à son Règlement". (Accentuation ajoutée.)

L'allégation de l'Appelant est pertinente puisqu'il doit être traduit en justice devant le présent Tribunal international du fait d'une demande de défèrement que le Tribunal a présenté au gouvernement de la République fédérale d'Allemagne le 8 novembre 1994 et que ce dernier, comme il y était tenu, a accepté d'honorer en transférant l'Appelant au Tribunal international (Charte des Nations Unies, art. 25, 48 et 49 ; Statut du Tribunal, art. 29.2 e) ; Règlement de procédure et de preuve, article 10).

L'Appelant allègue notamment dans son exception préjudicielle : "La primauté (du Tribunal international) sur les juridictions internes porte atteinte à la souveraineté des Etats directement concernés" (Exception préjudicielle d'incompétence du Tribunal soulevée par la Défense, 25 juin 1995, affaire no. IT-94-I-T, par. 2).

Le Mémoire de l'Appelant à l'appui de l'exception préjudicielle soulevée devant la Chambre de première instance était plus détaillé et s'articulait autour de trois titres :

- a) compétence nationale ;
- b) souveraineté des Etats ;
- c) *jus de non evocando*.

Le Procureur a contesté chacun des points avancés par l'Appelant. Il en a été de même de deux des *amici curiae*, l'un devant la Chambre de première instance, l'autre en appel.

La Chambre de première instance a analysé les arguments de l'Appelant et a conclu qu'ils n'étaient pas justifiés.

51. Devant la présente Chambre, l'Appelant a quelque peu déplacé l'axe de son approche en faveur de la primauté. Il semble approprié de citer ici le Mémoire en appel de la Défense :

"La Défense soutient que la Chambre de première instance aurait dû se déclarer incompétente à exercer la compétence principale alors que l'accusé était traduit en justice en République fédérale d'Allemagne et que les autorités allemandes s'acquittaient comme il convient de leurs obligations au titre du droit international" (Mémoire en appel de la Défense, par. 7.5).

Cependant, la Chambre de première instance a examiné en détail les trois points soulevés devant elle et, bien qu'ils ne soient pas expressément invoqués ici par l'Appelant, ils sont néanmoins intimement liés à la question de la primauté. La Chambre d'appel se propose, par conséquent, de se pencher sur ces trois points mais pas avant d'avoir dissipé une apparente confusion qui s'est immiscée dans le Mémoire de l'Appelant.

52. Au paragraphe 7.4 de son Mémoire, l'Appelant déclare que "les autorités judiciaires allemandes poursuivaient l'accusé avec diligence" (*id.* au par. 7.4 (accentuation ajoutée)). Au paragraphe 7.5, l'Appelant revient sur la période pendant laquelle "l'accusé était traduit en justice" (*id.* au par. 7.5 (accentuation ajoutée)).

Ces déclarations ne concordent pas avec les observations de la Chambre de première instance I dans sa décision du 8 novembre 1994 sur le dessaisissement :

"Le Procureur affirme, et cela n'est contesté ni par le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, ni par le Conseil de Dusko Tadic, que ledit Dusko Tadic fait l'objet d'une *enquête* ouverte par les institutions judiciaires internes de la République fédérale d'Allemagne concernant les accusations figurant au paragraphe 2 des présentes" (Décision de la Chambre de première instance sur la requête introduite par le Procureur aux fins de demander officiellement le dessaisissement en faveur du Tribunal international dans l'affaire *Dusko Tadic*, 8 novembre 1994, affaire no. IT-94-1-D, par. 8 (accentuation ajoutée)).

La différence est nette entre l'enquête et le procès. L'argument de l'Appelant, fondé erronément sur l'existence d'un procès effectif en Allemagne, ne peut pas être entendu à l'appui de son exception d'incompétence alors que la question n'a pas encore dépassé la phase de l'instruction. Mais il y a plus encore. L'Appelant insiste, à maintes reprises (*voir* Mémoire en appel de la Défense, par. 7.2 et 7.4) sur une procédure impartiale et indépendante poursuivie avec diligence et ne visant pas à soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale internationale. On reconnaît immédiatement que ce vocabulaire est emprunté à l'article 10, paragraphe 2 du Statut. Cette disposition n'a rien à voir avec la présente affaire. Il ne s'agit pas d'un accusé qui est de nouveau jugé par le présent Tribunal international dans le cadre des circonstances exceptionnelles décrites à l'article 10 du Statut. En fait, les poursuites contre l'Appelant ont été déferées au Tribunal international en vertu de l'article 9 du Statut qui prévoit qu'une demande de dessaisissement peut avoir lieu "à tout stade de la procédure" (Statut du Tribunal international, art. 9, par. 2). Le Procureur n'a jamais cherché à traduire l'Appelant devant le Tribunal international pour un nouveau procès pour la simple raison que l'une ou l'autre des conditions énumérées à l'article 10 aurait vicié son procès en Allemagne. Le défèrement des poursuites contre l'Appelant a été sollicité conformément à la procédure prévue à l'article 9 iii) :

"L'objet de la procédure porte sur des faits ou des points de droit qui ont une incidence sur des enquêtes ou des poursuites en cours devant le Tribunal (...)" (Règlement de procédure et de preuve, art. 9 iii)).

La demande de dessaisissement a suivi automatiquement la conclusion de la Chambre de première instance que cette condition était remplie. Les conditions alléguées par l'Appelant dans son Mémoire ne sont pas pertinentes.

Une fois cette approche rectifiée, les arguments de l'Appelant perdent tout mérite.

53. Comme nous l'avons fait observer plus haut, cependant, le Mémoire en appel de la Défense se réfère clairement à trois arguments spécifiques avancés devant la Chambre de première instance. Il serait peu recommandé d'écarter ce moyen fondé sur la primauté sans accorder à ces questions toute l'attention qu'elles méritent.

La Chambre se propose maintenant d'examiner ces trois points dans l'ordre où ils ont été soulevés par l'Appelant.

A. Compétence nationale

54. L'Appelant a soutenu en première instance que :

"A compter du moment où la Bosnie-Herzégovine était reconnue comme Etat indépendant, elle était compétente pour créer des juridictions en vue de juger les crimes commis sur son territoire" (Mémoire en appel de la Défense, par. 5).

L'Appelant a ajouté que :

"De fait, l'Etat de Bosnie-Herzégovine exerce bien sa compétence, non seulement dans les questions relevant du droit pénal commun mais aussi dans celles intéressant des violations présumées de crimes contre l'humanité comme, par exemple, dans les poursuites contre M. Karadzic et al." (*id.*, par. 5.2).

Le premier point n'est pas contesté et le Procureur l'a admis. Mais il ne règle pas, en lui-même, la question de la primauté du Tribunal international. L'Appelant semble également s'en rendre compte. En conséquence, il approfondit davantage la question et soulève celle de la souveraineté de l'Etat.

B. Souveraineté des Etats

55. L'article 2 de la Charte des Nations Unies prévoit au paragraphe 1 : "L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses Membres".

Selon l'Appelant, aucun Etat ne peut s'attribuer la compétence de poursuivre des crimes commis sur le territoire d'un autre Etat, à moins d'un intérêt universel "justifié par un traité ou le droit international coutumier ou une *opinio juris* sur la question" (Mémoire de la Défense en première instance, par. 6.2).

L'Appelant s'appuie sur cette proposition pour soutenir que les mêmes conditions devraient étayer la création d'un tribunal international destiné à s'immiscer dans un domaine relevant essentiellement de la compétence interne des Etats. Dans le cas présent, le principe de la souveraineté de l'Etat aurait été violé. La Chambre de première instance a rejeté cet argument, soutenant, notamment :

"En tout état de cause, l'accusé n'étant pas un Etat, manque du *locus standi* pour soulever la question de la primauté, qui fait valoir qu'il est porté atteinte à la souveraineté d'un Etat, un argument que seul un Etat peut invoquer ou auquel il peut seul renoncer et un droit dans le cadre duquel, clairement, l'accusé ne peut pas se substituer à l'Etat" (Décision de la Chambre de première instance, par. 41).

La Chambre de première instance s'est appuyée sur le jugement du Tribunal de district de Jérusalem dans *Israël c/ Eichmann* :

"Le droit de plaider la violation de la souveraineté de l'Etat est le droit exclusif de l'Etat. Seul un Etat souverain peut invoquer l'argument ou y renoncer et l'accusé n'a aucun droit à se substituer à l'Etat" (36 International Law Reports 5, 62 (1961), confirmé par la Cour suprême d'Israël, 36 International Law Reports 277 (1962)).

Un principe semblable a été régulièrement confirmé dans de nombreuses affaires, plus récemment aux Etats-Unis d'Amérique dans l'affaire *Etats-Unis c/ Noriega* :

"Un principe général de droit international est que les personnes physiques n'ont aucune compétence pour contester les violations des traités internationaux en l'absence d'une protestation de l'Etat souverain intéressé" (746 F. Supp. 1506, 1533 (S.D. Fla. 1990)).

Quelle que soit leur autorité, ces déclarations n'ont pas, dans le domaine du droit international, le poids qu'elles peuvent exercer sur les juridictions nationales. La souveraineté était autrefois un attribut sacro-saint et inattaquable de l'Etat mais ce concept a récemment souffert d'une érosion progressive sous l'influence des forces plus libérales actives dans les sociétés démocratiques, en particulier dans le domaine des droits de l'homme.

Quelle que soit la situation au plan des litiges internes, la doctrine traditionnelle, confirmée et retenue par la Chambre de première instance, ne peut se concilier, devant le présent Tribunal international, avec l'opinion qu'un accusé, ayant droit à une défense totale, ne saurait être privé d'un argument si intimement lié au droit international et fondé sur ce droit, comme moyen de défense fondé sur la violation de la souveraineté de l'Etat. Interdire à un accusé de soulever un tel argument revient à décider que, à notre époque, un tribunal international ne peut pas, dans une affaire pénale mettant en jeu la liberté de l'accusé, examiner un argument soulevant la question de la violation de la souveraineté de l'Etat. Une conclusion aussi étonnante impliquerait une contradiction dans les termes que la présente Chambre considère comme son devoir de réfuter et de résoudre.

56. Le droit de l'Appelant à invoquer la souveraineté de l'Etat ne signifie pas, bien sûr, que son argument doit être accepté. Il doit s'acquitter avec succès de son obligation de démonstration. Son argument se heurte à plusieurs obstacles, chacun d'eux pouvant être fatal ainsi que la Chambre de première instance l'a constaté.

L'Appelant peut s'appuyer sur l'article 2, paragraphe 7 de la Charte des Nations Unies : "Aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un Etat (...)". On ne saurait, cependant, oublier la restriction impérative à la fin du même paragraphe : "toutefois, ce principe ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au chapitre VII" (Charte des Nations Unies, art. 2, par. 7).

Ce sont là, précisément, les dispositions en vertu desquelles le Tribunal international a été créé. Même sans ces dispositions, des affaires peuvent être soustraites à la compétence d'un Etat. Dans la présente affaire, non seulement la République de Bosnie-Herzégovine n'a pas contesté la compétence du Tribunal international, elle l'a en fait approuvée et elle a collaboré avec lui, ainsi qu'en témoignent les éléments suivants :

- a) une lettre en date du 10 août 1992 du Président de la République de Bosnie-Herzégovine adressée au Secrétaire général des Nations Unies (Document des Nations Unies E/CN.4/1992/S-1/5 (1992)) ;
- b) un décret-loi sur le défèrement à la demande du Tribunal international (12 Journal officiel de la République de Bosnie-Herzégovine 317 (10 avril 1995) (traduction)) ;
- c) une lettre de Vasvija Vidovic, agent de liaison de la République de Bosnie-Herzégovine, au Tribunal international (4 juillet 1995).

S'agissant de la République fédérale d'Allemagne, sa coopération avec le Tribunal international est publique et a déjà été relevée.

La Chambre de première instance était, par conséquent, pleinement justifiée à déclarer sur cette question particulière :

"Il est intéressant de noter que la contestation de la primauté du Tribunal international a eu lieu contre l'intention expresse des deux Etats les plus concernés par l'acte d'accusation pris contre l'accusé - Bosnie-Herzégovine et République fédérale d'Allemagne. Le premier, sur le territoire duquel les crimes présumés auraient été commis, et le second où l'accusé résidait à la date de son arrestation, ont accepté inconditionnellement la compétence du Tribunal international et l'accusé ne peut pas invoquer des droits auxquels les Etats spécifiquement concernés ont renoncé. Permettre à l'accusé de s'en prévaloir reviendrait à lui permettre de sélectionner l'instance de son choix, contrairement aux principes régissant les juridictions pénales contraignantes" (Décision de la Chambre de première instance, par. 41).

57. C'est d'autant plus vrai du fait du caractère des crimes présumés reprochés à l'accusé, crimes qui, s'ils sont prouvés, ne touchent pas les intérêts d'un seul Etat mais heurtent la conscience universelle.

Dès 1950, dans l'affaire du *Général Wagener*, la cour militaire suprême d'Italie soutenait :

"Ces normes (relatives aux crimes contre les lois et coutumes de la guerre), du fait de leur contenu hautement éthique et moral, ont un caractère universel et ne sont pas limitées géographiquement.

(...)

La solidarité entre les nations, visant à atténuer dans toute la mesure possible, les horreurs de la guerre, a donné naissance à la nécessité d'énoncer des règles qui ignorent les frontières, punissant les criminels où qu'ils se trouvent.

(...)

Les crimes contre les lois et coutumes de la guerre ne peuvent pas être considérés comme des délits politiques, puisqu'ils ne nuisent ni aux intérêts politiques d'un Etat spécifique, ni au droit politique d'un citoyen particulier. Ils sont, au contraire, des crimes de lèse-humanité et, comme nous l'avons vu, les normes les interdisant sont d'un caractère universel et ne sont pas limitées géographiquement. Ces crimes, par conséquent, en raison de leur domaine et de leur caractère particulier, sont précisément d'un type différent et contraire aux délits politiques.

Ces derniers, généralement, ne concernent que les Etats contre lesquels ils sont commis ; les premiers intéressent tous les Etats civilisés qui doivent s'y opposer et les réprimer, de la même façon que les crimes de piraterie, de traite de femmes et de mineurs et l'esclavage doivent être combattus et réprimés où qu'ils aient été commis (articles 537 et 604 du code pénal)" (13 mars 1950, dans Rivista Penale 753, 757 (Sup. Mil. Trib., Italie 1950 ; traduction officielle)¹).

Douze ans plus tard, la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *Eichmann* pouvait peindre un tableau identique :

"Ces crimes constituent des actes qui nuisent aux intérêts internationaux vitaux ; ils sapent les fondations et la sécurité de la communauté internationale ; ils violent les valeurs morales universelles et les principes humanitaires qui reposent au coeur même des systèmes de droit pénal adoptés par les nations civilisées. En droit international, le principe fondamental concernant ces crimes est que leur auteur qui, ce faisant, peut être présumé parfaitement conscient du caractère odieux de son acte, doit répondre de sa conduite. (...)

Ces crimes engagent la responsabilité pénale individuelle parce qu'ils contestent les fondations de la société internationale et heurtent la conscience des nations civilisées.

(...)

Ils comprennent la perpétration d'un crime international qu'il est dans l'intérêt de toutes les nations du monde de prévenir" (Israël c/ Eichmann, 36 International Law Reports 277, 291-293 (Isr. Ct 1962)).

58. L'indignation publique manifestée à l'encontre de crimes identiques durant les années quatre-vingt-dix a suscité une réaction de la part de la communauté des nations. Elle est à l'origine, parmi d'autres remèdes, de la création d'une instance judiciaire internationale par un organe d'une institution représentant la communauté des nations : le Conseil de sécurité. Cet organe est habilité et mandaté, par définition, à traiter de questions internationales ou de questions qui, bien que de caractère interne, peuvent affecter "la paix et la sécurité internationales" (Charte des Nations Unies, art. 2 1) , 2 7), 24 et 37). Ce serait une parodie du droit et une trahison du besoin universel de justice si le concept de la souveraineté de l'Etat pouvait être soulevé avec succès à l'encontre des droits de l'homme. Les frontières ne devraient pas être considérées comme un bouclier contre l'application de la loi et comme une protection pour ceux qui foulent aux pieds les droits les plus élémentaires de l'humanité. Dans l'affaire *Barbie*, la Cour de cassation française a cité en l'approuvant la déclaration ci-après de la Cour d'appel :

"(...) en raison de leur nature, les crimes contre l'humanité (...) ne relèvent pas seulement du droit interne français, mais encore d'un ordre répressif international auquel la notion de frontières et les règles extraterritoriales qui en découlent sont fondamentalement étrangères" (*Fédération nationale des déportés et internés résistants et patriotes et autres c/ Barbie*, 78 International Law Reports 125, 130 (Cass. Crim. 1983)) (6 octobre 1983, 88 *Revue générale de droit international public*, 1984, p. 509)².

En fait, lorsqu'un tribunal international comme le présent est créé, il doit être doté de la primauté sur les juridictions nationales. Autrement, la nature humaine étant ce qu'elle est, on courrait constamment le danger que les crimes internationaux soient qualifiés de "crimes de droit commun" (Statut du Tribunal international, art. 10, par. 2 a) ou que les procédures visent "à soustraire l'accusé" ou que les poursuites ne soient pas exercées avec diligence (Statut du Tribunal international, art. 10, par. 2 b)).

S'ils ne sont pas efficacement contrôlés par le principe de la primauté, l'un quelconque de ces stratagèmes pourrait être utilisé pour faire échouer le but même de la création d'une juridiction répressive internationale, au bénéfice des personnes mêmes qu'elle visait à poursuivre.

59. Le principe de la primauté du présent Tribunal international sur les juridictions nationales doit être affirmé, d'autant plus qu'il est enfermé dans les limites rigoureuses des articles 9 et 10 du Statut et des articles 9 et 10 du Règlement de procédure et de preuve du Tribunal.

La Chambre de première instance était pleinement fondée à écrire :

"Une dernière remarque concernant cette question de l'atteinte à la souveraineté des Etats : les crimes qu'il est demandé au Tribunal international de juger ne sont pas des crimes d'un caractère purement interne. Ce sont réellement des crimes de caractère universel, bien reconnus en droit international comme des violations graves du droit international humanitaire et qui transcendent l'intérêt d'un seul Etat. La Chambre de première instance est d'avis que, dans les circonstances, les droits souverains des Etats ne peuvent pas et ne devraient pas l'emporter sur le droit de la communauté internationale à agir de façon appropriée dans la mesure où ces crimes touchent l'ensemble de l'humanité et suscitent l'indignation de toutes les nations. Il ne peut, par conséquent, y avoir d'objection à ce qu'un tribunal légalement constitué juge ces crimes au nom de la communauté internationale" (Décision de la Chambre de première instance, par. 42).

60. L'argument tiré de la souveraineté de l'Etat doit, par conséquent, être rejeté.

C. Jus de non evocando

61. L'Appelant soutient qu'il a un droit à être jugé par ses juridictions internes conformément à son droit national.

Personne n'a contesté ce droit de l'Appelant. Le problème est ailleurs : s'agit-il d'un droit exclusif ? Empêche-t-il l'Appelant d'être jugé - et d'avoir un procès tout aussi équitable (*voir* Statut du Tribunal international, art. 21) - devant un tribunal international ?

L'Appelant soutient qu'un tel droit exclusif est universellement accepté, pourtant, il n'est exprimé ni dans la Déclaration universelle des droits de l'homme ni dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à moins que l'on ne soit prêt à pousser à la limite l'interprétation de leurs dispositions.

A l'appui de cet argument, l'Appelant a cité sept constitutions nationales (art. 17 de la Constitution des Pays-Bas, art. 101 de la Constitution de l'Allemagne (unifiée), art. 13 de la Constitution de la Belgique, art. 25 de la Constitution d'Italie, art. 24 de la Constitution de l'Espagne, art. 10 de la Constitution du Surinam et art. 30 de la Constitution du Venezuela). Cependant, après examen, ces dispositions ne viennent pas étayer l'argument de l'Appelant. Par exemple, la Constitution de la Belgique (la plus ancienne), prévoit :

"Art. 13 : Aucune personne ne peut être soustraite au juge qui lui est assigné par la loi, sans son consentement" (Blaustein & Flanz, *CONSTITUTIONS OF THE COUNTRIES OF THE WORLD*, 1991).

Les autres dispositions constitutionnelles citées soit sont semblables au fond, exigeant simplement qu'aucune personne ne soit soustraite à son "juge naturel" établi par la loi, soit dépourvues d'intérêt pour l'argument de l'Appelant.

62. En fait - comme en droit - le principe soutenu par l'Appelant vise un but très spécifique : éviter la création de juridictions extraordinaires ou spéciales conçues pour juger des crimes politiques en périodes de troubles sociaux sans les garanties d'un procès équitable.

Ce principe n'est pas violé par le transfert de compétence à un tribunal international créé par le Conseil de sécurité agissant pour le compte de la communauté des nations. Aucun droit de l'accusé n'est ainsi enfreint ou menacé ; bien au contraire, ils sont tous spécifiquement énoncés et protégés dans le Statut du Tribunal international. Aucun accusé ne peut se plaindre. Certes, il sera soustrait à son milieu national "naturel" mais il sera traduit devant un tribunal au moins aussi équitable, plus distant des faits de la cause et adoptant une approche plus générale de l'affaire.

De surcroît, on ne peut que se réjouir à la pensée que, la compétence universelle étant aujourd'hui reconnue dans le cas des crimes internationaux, une personne soupçonnée de ces crimes peut enfin être traduite devant un organe judiciaire international pour un examen objectif de son acte d'accusation par des juges impartiaux, indépendants et désintéressés venant, comme c'est le cas ici, de tous les continents.

63. L'objection fondée sur la théorie de *jus de non evocando* a été examinée par la Chambre de première instance qui a statué sur ce point dans les termes suivants :

"Référence est également faite au principe de *jus de non evocando* qui figure dans un certain nombre de constitutions nationales. Mais ce principe, s'il exige qu'un accusé soit jugé par les tribunaux régulièrement établis et non par quelque tribunal spécial créé à cette fin particulière, ne s'applique pas quand la question qui se pose concerne l'exercice, par le Conseil de sécurité, agissant au titre du chapitre VII, des pouvoirs qui lui sont conférés par la Charte des Nations Unies. De toute évidence, cela implique un certain abandon de souveraineté de la part des Etats Membres des Nations Unies et c'est précisément ce qui a été réalisé par l'adoption de la Charte" (Décision de la Chambre de première instance, par. 37).

Aucune nouvelle objection n'a été soulevée devant la Chambre d'appel, qui se plaît à souscrire sur ce point particulier aux opinions exprimées par la Chambre de première instance.

64. Pour ces raisons, la Chambre d'appel conclut que le deuxième moyen d'appel de la Défense, contestant la primauté du Tribunal international, n'est pas fondé et doit être rejeté.

IV. INCOMPÉTENCE *RATIONE MATERIAE*

65. Le troisième moyen d'appel de la Défense est l'argument selon lequel le Tribunal international est incompétent *ratione materiae* en ce qui concerne les crimes présumés. Le fondement de cette allégation est l'argument de l'Appelant selon lequel la compétence *ratione materiae* prévue aux articles 2, 3 et 5 du Statut du Tribunal international est limitée aux crimes commis dans le contexte d'un conflit armé international. Devant la Chambre de première instance, l'Appelant a soutenu que les crimes présumés, même s'ils sont prouvés, ont été commis dans le contexte d'un conflit armé interne. Il a avancé un autre argument en appel, alléguant qu'il n'y avait pas du tout de conflit armé dans la région où les crimes auraient été commis.

Devant la Chambre de première instance, le Procureur a répondu avec d'autres arguments, à savoir que : a) les conflits dans l'ex-Yougoslavie devraient être qualifiés de conflits armés internationaux ; et b) même s'ils sont qualifiés de conflits internes, le Tribunal international est compétent aux termes des articles 3 et 5 pour juger les crimes présumés. En appel, le Procureur maintient que, en adoptant le Statut, le Conseil de sécurité a déterminé que les conflits dans l'ex-Yougoslavie étaient des conflits internationaux et que, du fait de cette décision, le Tribunal international est compétent en la présente affaire.

La Chambre de première instance a rejeté l'exception préjudicielle de la Défense, concluant que la notion de conflit armé international n'est pas un critère juridictionnel de l'article 2 et que les articles 3 et 5 s'appliquent tous les deux aux conflits armés internes et internationaux. La Chambre de première instance a conclu, par conséquent, qu'elle était compétente, quelque soit le caractère du conflit, et qu'elle n'est pas tenue de déterminer si le conflit est interne ou international.

A. Question liminaire : l'existence d'un conflit armé

66. L'Appelant avance maintenant le nouvel argument selon lequel il n'existait pas de conflit armé juridiquement définissable - interne ou international - aux date et lieu où les crimes présumés ont été commis. Son argument s'appuie sur un concept du conflit armé couvrant seulement la date et le lieu précis d'hostilités effectives. Il allègue que le conflit dans la région de Prijedor (où les crimes présumés sont censés avoir été commis) était limité à une prise de pouvoir politique par les Serbes de Bosnie et n'a pas comporté de combats armés (bien qu'il admette des mouvements de blindés). Cet argument présente une question liminaire que nous allons examiner en premier lieu.

67. Le droit international humanitaire régit la conduite des conflits armés internes et internationaux. L'Appelant fait correctement remarquer que pour qu'il y ait violation de cet ensemble de textes juridiques, il faut qu'on observe un conflit armé. La définition de "conflit armé" varie selon que les hostilités sont internationales ou internes mais, contrairement à l'allégation de l'Appelant, le champ temporel et géographique des conflits armés internationaux et internes s'étend au-delà de la date et du lieu exacts des hostilités. S'agissant du cadre temporel de référence de conflits armés internationaux, chacune des quatre Conventions de Genève renferme un langage indiquant que leur application peut se prolonger au-delà de la cessation des combats. Par exemple, les Conventions I et III s'appliquent jusqu'à ce que les personnes protégées qui sont tombées aux mains de l'ennemi aient été libérées et rapatriées (Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949, art. 5, 75 U.N.T.S. 970 ("Convention de Genève I") ; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949, art. 5, 75 U.N.T.S. 972 ("Convention de Genève III") ; voir également la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, art. 6, 75 U.N.T.S. 973 ("Convention de Genève IV")).

68. Les Conventions de Genève restent silencieuses sur le champ géographique des "conflits armés" internationaux mais les dispositions suggèrent qu'au moins certaines des clauses desdites Conventions s'appliquent à l'ensemble du territoire des Parties au conflit et pas simplement au voisinage des hostilités effectives. Indéniablement, certaines des dispositions sont clairement liées aux hostilités et le champ géographique de ces dispositions devrait y être limité. D'autres, en particulier celles se rapportant à la protection des prisonniers de guerre et des civils, ne sont

pas restreintes de la même façon. S'agissant des prisonniers de guerre, la Convention s'applique aux combattants aux mains de l'ennemi ; il ne fait aucune différence qu'ils soient internés à proximité des hostilités. Dans le même esprit, la Convention de Genève IV protège les civils sur tout le territoire des Parties. Cette interprétation est implicite à l'article 6, paragraphe 2 de la Convention, qui stipule que :

"Sur le territoire des Parties au conflit, l'application de la Convention cessera à la fin générale des opérations militaires" (Convention de Genève IV, art. 6, par. 12 (accentuation ajoutée)).

L'article 3 b) du Protocole I aux Conventions de Genève renferme un langage semblable (Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, 12 décembre 1977, art. 3 b), 1125 U.N.T.S 3 ("Protocole I")). En plus de ces références textuelles, la nature même des Conventions - en particulier des Conventions III et IV - dicte leur application sur l'ensemble des territoires des Parties au conflit ; toute autre interprétation irait nettement à l'encontre du but visé.

69. Le cadre géographique et temporel de référence pour les conflits armés internes est tout aussi large. Cette interprétation se manifeste dans le fait que les bénéficiaires de l'article 3 commun aux Conventions de Genève sont ceux qui ne participent pas directement (ou qui ne participent plus directement) aux hostilités. Cela indique que les règles figurant à l'article 3 s'appliquent aussi à l'extérieur du contexte géographique étroit du théâtre effectif des combats. De même, certaines expressions dans le Protocole II aux Conventions de Genève (un traité qui, comme nous le verrons aux paragraphes 88 et 114 ci-après, peut être considéré applicable à certains aspects des conflits dans l'ex-Yougoslavie) suggèrent également un large champ. Tout d'abord, de même que l'article 3 commun, il protège explicitement "Toutes les personnes qui ne participent pas directement ou ne participent plus aux hostilités" (Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux, 12 décembre 1977, art. 4, par. 1, 1125 U.N.T.S 609 ("Protocole II")). L'article 2, paragraphe 1 prévoit que :

"Le présent Protocole s'applique (...) à toutes les personnes affectées par un conflit armé au sens de l'article premier" (*id.*, art. 2, par. 1 (accentuation ajoutée)).

La même disposition spécifie au paragraphe 2 que :

"à la fin du conflit armé, toutes les personnes qui auront été l'objet d'une privation ou d'une restriction de liberté pour des motifs en relation avec ce conflit, ainsi que celles qui seraient l'objet de telles mesures après le conflit pour les mêmes motifs, bénéficieront des dispositions des articles 5 et 6 jusqu'au terme de cette privation ou de cette restriction de liberté" (*id.*, art. 2, par. 2).

Aux termes de cette disposition, le champ temporel des règles applicables excède clairement les hostilités proprement dites. De surcroît, la rédaction relativement imprécise du membre de la phrase "pour des motifs en relation avec ce conflit" suggère également un large champ géographique. La condition requise est seulement une relation entre le conflit et la privation de liberté et non que ladite privation ait eu lieu au coeur des combats.

70. Sur la base de ce qui précède, nous estimons qu'un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre Etats ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un Etat. Le droit international humanitaire s'applique dès l'ouverture de ces conflits armés et s'étend au-delà de la cessation des hostilités jusqu'à la conclusion générale de la paix ; ou, dans le cas de conflits internes, jusqu'à ce qu'un règlement pacifique soit atteint. Jusqu'alors, le droit international humanitaire continue de s'appliquer sur l'ensemble du territoire des Etats belligérants ou, dans le cas de conflits internes, sur l'ensemble du territoire sous le contrôle d'une Partie, que des combats effectifs s'y déroulent ou non.

En appliquant la définition des conflits armés qui précède à la présente affaire, nous soutenons que les crimes présumés ont été commis dans le contexte d'un conflit armé. Les combats entre les diverses entités au sein de l'ex-Yougoslavie ont commencé en 1991, se sont poursuivis durant l'été 1992 quand les crimes présumés auraient été commis et continuent à ce jour. En dépit de divers accords provisoires de cessez-le-feu, aucune conclusion générale de la paix n'a mis un terme aux opérations militaires dans la région. Ces hostilités excèdent les critères d'intensité applicables aux conflits armés tant internes qu'internationaux. On a observé un conflit prolongé, sur une grande échelle, entre les forces armées de différents Etats et entre des forces gouvernementales et des groupes de rebelles organisés. Même si des actions militaires substantielles n'ont pas eu lieu dans la région de Prijedor aux date et lieu où les crimes présumés ont été commis - une question de fait sur laquelle la Chambre d'appel ne se prononce pas - le droit international humanitaire s'applique. Il suffit que les crimes présumés aient été étroitement liés aux hostilités se déroulant dans d'autres parties des territoires contrôlés par les Parties au conflit. Il est indéniable que les allégations examinées ici ont le lien requis. L'acte d'accusation indique qu'en 1992, les Serbes de Bosnie se sont emparés du contrôle de la municipalité de Prijedor et ont établi un camp de prisonniers à Omarska. De plus il est allégué que des crimes ont été commis contre des civils à l'intérieur et à l'extérieur du camp de prisonniers d'Omarska dans le cadre de la prise de contrôle et de la consolidation du pouvoir des Serbes de Bosnie dans la région de Prijedor, qui faisaient à leur tour partie de la campagne militaire plus générale des Serbes de Bosnie pour s'emparer du contrôle du territoire bosniaque. L'Appelant n'offre aucune preuve du contraire mais il a admis dans ses conclusions orales qu'il existait dans la région de Prijedor des camps de détention administrés non par les autorités centrales de Bosnie-Herzégovine mais par les Serbes de Bosnie (Procès-verbal d'audience d'appel, 8 septembre 1995, p. 36-37). Compte tenu de ce qui précède, nous concluons que, aux fins de l'application du droit international humanitaire, les crimes présumés ont été commis dans le contexte d'un conflit armé.

B. Le Statut vise-t-il uniquement les conflits armés internationaux ?

1. Interprétation littérale du Statut

71. Apparemment, il n'apparaît pas clairement si certaines dispositions du Statut s'appliquent uniquement à des crimes commis dans des conflits armés internationaux ou également à ceux perpétrés dans des conflits armés internes. L'article 2 fait référence aux "infractions graves" aux Conventions de Genève de 1949, qui sont généralement interprétées comme commises uniquement dans des conflits armés internationaux, de sorte que la référence à l'article 2 semble suggérer que l'article se limite aux conflits armés internationaux. L'article 3 ne fait pas non plus de référence expresse à la nature du conflit implicitement requise. Une interprétation littérale de cette disposition prise isolément peut porter à croire qu'elle s'applique aux deux types de conflits. Par contre, l'article 5 confère expressément compétence pour les crimes commis dans les conflits armés tant internes qu'internationaux. Un argument a contrario fondé sur l'absence de disposition semblable dans l'article 3 pourrait suggérer que ce dernier ne s'applique qu'à une catégorie de conflit plutôt qu'aux deux. En vue de mieux cerner le sens et le champ de ces dispositions, la Chambre d'appel examinera l'objet et le but de la promulgation du Statut.

2. Interprétation téléologique du Statut

72. En adoptant la résolution 827, le Conseil de sécurité a créé le Tribunal international dans le but déclaré de traduire en justice les personnes responsables de violations graves du droit international humanitaire dans l'ex-Yougoslavie, décourageant ainsi la perpétration de futures violations et contribuant au rétablissement de la paix et de la sécurité dans la région. Le contexte dans lequel le Conseil de sécurité a agi indique qu'il entendait atteindre ce but sans référence au fait que les conflits dans l'ex-Yougoslavie sont internes ou internationaux.

Comme le savent parfaitement les Membres du Conseil de sécurité, quand le Statut a été rédigé en 1993, les conflits dans l'ex-Yougoslavie auraient pu être qualifiés à la fois d'internes et d'internationaux ou d'un conflit interne parallèle à un conflit international, ou d'un conflit interne qui s'est internationalisé du fait d'un soutien extérieur, ou d'un conflit international remplacé ultérieurement par un ou plusieurs conflits internes ou quelque combinaison de ces situations. Le conflit dans l'ex-Yougoslavie a été internationalisé par la participation de l'armée croate en Bosnie-Herzégovine et par la participation de l'Armée nationale yougoslave ("JNA") dans les hostilités en Croatie ainsi qu'en Bosnie-Herzégovine, au moins jusqu'à son retrait officiel le 19 mai 1992. Dans la mesure où les conflits étaient limités à des incidents entre les forces du gouvernement bosniaque et les forces rebelles des Serbes de Bosnie en Bosnie-Herzégovine, ainsi qu'entre le gouvernement croate et les forces rebelles des Serbes de Croatie en Krajina (Croatie), ils étaient de caractère interne (à moins qu'on ne puisse prouver la participation directe de la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro). Il est remarquable que les Parties à la présente affaire conviennent aussi que les conflits dans l'ex-Yougoslavie depuis 1991 ont été à la fois internes et internationaux (*voir* le procès-verbal d'audience sur l'exception préjudicielle d'incompétence, 26 juillet 1995, p. 47, 111).

73. Les accords conclus par les différentes parties pour respecter certaines règles du droit humanitaire révèlent à l'évidence la nature variable des conflits. Réflétant les aspects internationaux des conflits, le 27 novembre 1991, les représentants de la République fédérale de Yougoslavie, l'Armée populaire de Yougoslavie, la République de Croatie et la République de Serbie ont conclu un accord sur l'application des Conventions de Genève de 1949 et le Protocole additionnel I de 1977 à ces Conventions (*voir* Mémoire d'accord, 27 novembre 1991). Point intéressant, les Parties ont évité de mentionner l'article 3 commun des Conventions de Genève relatif aux conflits armés non-internationaux.

Par contre, un accord conclu le 22 mai 1992 entre les diverses factions au conflit en République de Bosnie-Herzégovine reflète les éléments internes des conflits. L'accord était fondé sur l'article 3 commun des Conventions de Genève qui, en plus de l'énoncé de règles régissant les conflits internes, prévoit au paragraphe 3 que les Parties à ces conflits peuvent convenir d'appliquer les dispositions des Conventions de Genève qui ne sont généralement applicables qu'aux seuls conflits armés internationaux. Dans l'Accord, les représentants de M. Alija Izetbegovic (Président de la République de Bosnie-Herzégovine et du Parti d'action démocratique), M. Radovan Karadzic (Président du Parti démocrate serbe) et M. Miljenko Brkic (Président de la Communauté démocrate croate) ont engagé les Parties à respecter les règles fondamentales des conflits armés internes figurant à l'article 3 commun et, en plus, convenu, en s'appuyant sur le paragraphe 3 de l'article 3 commun, d'appliquer certaines dispositions des Conventions de Genève relatives aux conflits internationaux (Accord no. 1, 22 mai 1992, art. 2, par. 1-6) ("Accord no. 1"). De toute évidence, cet Accord révèle que les Parties concernées considéraient les conflits armés auxquels elles participaient comme des conflits internes mais, en raison de leur degré d'importance, elles ont convenu de leur appliquer certaines des dispositions des Conventions de Genève qui sont normalement applicables uniquement aux conflits armés internationaux. La même position a été implicitement adoptée par le Comité international de la Croix Rouge (CICR) à l'invitation et sous les auspices duquel l'accord a été conclu. A cet égard, il convient de noter que si le CICR n'avait pas pensé que les conflits régis par l'accord en question étaient internes, il aurait, de façon flagrante, enfreint une disposition commune des quatre Conventions de Genève (art. 6/6/6/7). Cette dernière interdit formellement tout accord visant à limiter l'application des Conventions de Genève dans le cas de conflits armés internationaux. ("Aucun accord spécial ne pourra porter préjudice à la situation (des personnes protégées) telle qu'elle est réglée par la présente Convention, ni restreindre les droits que celle-ci leur accorde"; Convention de Genève I, art. 6; Convention de Genève II, art. 6; Convention de Genève III, art. 6; Convention de Genève IV, art. 7). Si les conflits étaient en fait considérés comme internationaux, le fait pour le CICR d'accepter qu'ils soient régis uniquement par l'article 3 commun, outre les dispositions de l'article 2, par. 1 à 6, de l'Accord no. 1, aurait constitué un mépris évident à l'égard des dispositions susmentionnées des Conventions de Genève. Du fait de l'autorité, de la compétence et de l'impartialité unanimement reconnues du CICR ainsi que de sa mission statutaire de promouvoir et de superviser le respect du droit international humanitaire, il est inconcevable que, même s'il planait certains doutes sur le caractère du conflit, le CICR encourage et appuie un accord contraire aux dispositions fondamentales des Conventions de Genève. Il est par conséquent justifié de conclure que le CICR considérait comme internes les conflits régis par l'accord en question.

Pris globalement, les accords conclus entre les diverses parties aux conflits dans l'ex-Yougoslavie confirment la proposition aux termes de laquelle quand le Conseil de sécurité a adopté le Statut du Tribunal international en 1993, il l'a fait en se référant à des situations que les Parties elles-mêmes considéraient à des dates et en des lieux différents comme des conflits armés soit internes soit internationaux ou comme une combinaison des deux.

74. Les nombreuses déclarations du Conseil de sécurité qui ont conduit à la création du Tribunal international indiquent qu'il était conscient du caractère mixte des conflits. D'une part, avant de créer le Tribunal international, le Conseil de sécurité a adopté plusieurs résolutions condamnant la présence des forces de la JNA en Bosnie-Herzégovine et en Croatie comme une violation de la souveraineté de ces deux derniers Etats (*voir*, par exemple, C.S. Res. 752 (15 mai 1992); C.S. Res. 757 (30 mai 1992); C.S. Res. 779 (6 octobre 1992); C.S. Res. 787 (16 novembre 1992)). D'autre part, dans aucune de ces nombreuses résolutions, le Conseil de sécurité n'a déclaré que ces conflits étaient internationaux.

Dans chacune de ses résolutions successives, le Conseil de sécurité s'est concentré sur les pratiques qui le préoccupaient, sans se référer au caractère du conflit. Par exemple, dans la résolution 771 du 13 août 1992, le Conseil de sécurité s'est déclaré : "gravement alarmé" (par les)

"informations qui continuent de faire état de violations généralisées du droit humanitaire international sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, en particulier en Bosnie-Herzégovine, et notamment par les informations selon lesquelles il serait procédé à l'expulsion et à la déportation massives et forcées de civils, à l'emprisonnement de civils dans des centres de détention où ils seraient soumis à des exactions, à des attaques délibérées à l'encontre de non-combattants, d'hôpitaux et d'ambulances, qui font obstacle à l'acheminement des produits alimentaires et médicaux destinés à la population civile, et à des actes insensés de saccage et de destruction de biens" (C.S. Res. 771 (13 août 1992)).

Comme dans le cas de toutes les autres déclarations du Conseil de sécurité sur la question, cette dernière résolution ne fait aucune référence au caractère du conflit armé en cause. Le Conseil de sécurité se souciait clairement de traduire en justice les personnes responsables des actes spécifiquement condamnés, sans égard au contexte. Le Procureur s'appuie beaucoup sur la référence répétée du Conseil de sécurité aux infractions graves aux dispositions des Conventions de Genève, qui sont généralement considérées comme applicables uniquement aux conflits armés internationaux. Cet argument ignore, cependant, que le Conseil de sécurité s'est référé généralement aux "autres violations du droit international humanitaire", une expression qui couvre le droit applicable également aux conflits armés internes, aussi souvent qu'il a invoqué les infractions graves aux dispositions des Conventions.

75. L'intention du Conseil de sécurité d'encourager une solution pacifique au conflit sans se prononcer sur la question du caractère international

ou interne s'est manifestée dans le Rapport du Secrétaire général du 3 mai 1993 et dans les déclarations des Membres du Conseil de sécurité relatives à leur interprétation du Statut. Le Rapport du Secrétaire général déclare spécifiquement que la clause du Statut concernant la compétence *ratione temporis* du Tribunal international :

"visait manifestement à dénoter qu'aucun jugement n'est porté sur le caractère international ou interne du conflit" (Rapport du Secrétaire général, par. 62, Document des Nations Unies S/25704 (3 mai 1993) ("Rapport du Secrétaire général")).

Dans le même esprit, à la réunion durant laquelle le Conseil de sécurité a adopté le Statut, trois Membres ont exprimé leur interprétation selon laquelle la compétence du Tribunal international aux termes de l'article 3, concernant les lois ou coutumes de la guerre, couvre tout accord sur le droit humanitaire en vigueur dans l'ex-Yougoslavie (voir Déclarations des représentants de la France, des Etats-Unis et du Royaume-Uni, procès-verbal verbatim provisoire de la 3217e réunion, par. 11, 15 et 19, Document des Nations Unies S/PV.3217 (25 mai 1993)). Comme exemple de ces accords supplémentaires, les Etats-Unis ont cité les règles sur les conflits armés internes figurant à l'article 3 des Conventions de Genève ainsi que les "Protocoles additionnels de 1977 à ces Conventions de Genève (de 1949)" (*id.*, par. 15). Cette référence couvre clairement le Protocole additionnel II de 1977 qui se rapporte aux conflits armés internes. Aucun autre Etat n'a contredit cette interprétation, qui reflète clairement une qualification du conflit comme à la fois interne et international (il convient de souligner que le représentant des Etats-Unis, avant de présenter les vues américaines sur l'interprétation du Statut du Tribunal international, a fait remarquer : "Nous savons que d'autres Membres du Conseil de sécurité partagent notre opinion concernant les clarifications ci-après relatives au Statut" (*id.*)).

76. Un raisonnement par l'absurde permet de confirmer le fait que le Conseil de sécurité a volontairement évité de classer les conflits armés dans l'ex-Yougoslavie comme internationaux ou internes et, en particulier, n'a pas eu l'intention de lier le Tribunal international par une classification des conflits comme "internationaux". Si le Conseil de sécurité avait qualifié le conflit d'exclusivement international et, en outre, ce faisant, avait décidé de lier le Tribunal international, ce dernier devrait alors considérer comme international le conflit opposant les Serbes de Bosnie et les autorités centrales de Bosnie-Herzégovine. Puisqu'on ne peut soutenir que les Serbes de Bosnie constituent un Etat, la classification susmentionnée s'appuierait sur l'hypothèse implicite qu'ils agissent non comme une entité rebelle mais comme des organes ou des agents d'un autre Etat, la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro). En conséquence, les atteintes graves au droit international humanitaire commises par l'armée gouvernementale de Bosnie-Herzégovine contre des civils serbes de Bosnie entre leurs mains ne seraient pas considérées comme des "infractions graves" parce que ces civils, ayant la nationalité de Bosnie-Herzégovine, ne seraient pas considérés comme des "personnes protégées" aux termes de l'article 4, paragraphe 1 de la Convention de Genève IV. En revanche, les atrocités commises par les Serbes de Bosnie contre les civils bosniaques entre leurs mains seraient considérées comme des "infractions graves" parce que ces civils seraient des "personnes protégées" aux termes de la Convention, du fait que les Serbes de Bosnie agiraient en tant qu'organes ou agents d'un autre Etat, la République fédérale de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) dont les Bosniaques ne posséderaient pas la nationalité. Ce serait là, bien sûr, une situation absurde puisqu'elle placerait les Serbes de Bosnie dans une situation juridique très désavantageuse vis-à-vis des autorités centrales de Bosnie-Herzégovine. Cette absurdité confirme le caractère fallacieux de l'argument avancé par le Procureur devant la Chambre d'appel.

77. Sur la base de ce qui précède, nous concluons que les conflits dans l'ex-Yougoslavie revêtent les caractères de conflits à la fois internes et internationaux, que les Membres du Conseil de sécurité avaient clairement les deux aspects à l'esprit quand ils ont adopté le Statut du Tribunal international et qu'ils avaient l'intention de l'habiliter à juger des violations du droit humanitaire commises dans les deux contextes. Le Statut doit, par conséquent, être considéré comme donnant effet à cet objectif dans toute la mesure du possible aux termes du droit international en vigueur.

78. A l'exception de l'article 5 traitant des crimes contre l'humanité, aucune des dispositions statutaires ne fait explicitement référence au type de conflit comme un élément du crime ; et, nous le verrons plus loin, la référence dans l'article 5 vise à différencier le lien requis par le Statut de celui requis par l'article 6 de l'Accord de Londres du 8 août 1945 établissant le Tribunal militaire international de Nuremberg. Le droit international coutumier n'exige plus de lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé (voir ci-dessous, par. 140 et 141) et, par conséquent, l'article 5 visait à réintroduire ce lien pour les objectifs poursuivis par le présent Tribunal. Nous l'avons déjà relevé, bien que l'article 2 ne se réfère pas explicitement au caractère des conflits, sa référence aux dispositions sur les infractions graves laisse à penser qu'il est limité aux conflits armés internationaux. Il serait, cependant, contraire à l'intention du Conseil de sécurité de voir dans les autres dispositions du Statut traitant de la compétence une condition semblable. Contrairement à l'indifférence apparente des auteurs quant au caractère des conflits en cause, cette interprétation autoriserait le Tribunal international à poursuivre et à punir certains comportements dans un conflit armé international tout en ignorant le même comportement dans un conflit armé interne. Pour illustrer ce point, le Conseil de sécurité a constamment condamné la dévastation et la destruction sans motifs de biens, qui n'est punissable, de façon explicite, qu'aux termes des articles 2 et 3 du Statut. L'Appelant maintient que ces articles ne s'appliquent qu'aux conflits armés internationaux. Cependant, il aurait été illogique de la part des auteurs du Statut de conférer au Tribunal international la compétence de juger la conduite même qui les préoccupait uniquement dans le cadre d'un conflit international, alors qu'ils savaient que les conflits en cause dans l'ex-Yougoslavie pouvaient être classés, à différentes époques et lieux, comme des conflits internes, internationaux ou les deux à la fois.

Ainsi, l'objet du Conseil de sécurité en promulguant le Statut - poursuivre et punir les auteurs de certains actes condamnés commis dans un conflit caractérisé par des éléments à la fois internes et internationaux - suggère que le Conseil de sécurité entendait que, dans la mesure du possible, la compétence *ratione materiae* du Tribunal international s'étende à ces deux catégories de conflits armés.

A la lumière de cette interprétation du but poursuivi par le Conseil de sécurité en créant le Tribunal international, nous examinons ci-après les arguments spécifiques de l'Appelant concernant l'étendue de la compétence du Tribunal international aux termes des articles 2, 3 et 5 du Statut.

3. Interprétation logique et systématique du Statut

a) Article 2

79. L'article 2 du Statut du Tribunal international est libellé comme suit :

"Le Tribunal international est habilité à poursuivre les personnes qui commettent ou donnent l'ordre de commettre des infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949, à savoir les actes suivants dirigés contre des personnes ou des biens protégés aux termes des dispositions de la Convention de Genève pertinente :

a) l'homicide intentionnel ;

- b) la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques ;
- c) le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé ;
- d) la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire ;
- e) le fait de contraindre un prisonnier de guerre ou un civil à servir dans les forces armées de la puissance ennemie ;
- f) le fait de priver un prisonnier de guerre ou un civil de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement ;
- g) l'expulsion ou le transfert illégal d'un civil ou sa détention illégale ;
- h) la prise de civils en otages".

Par son libellé explicite et comme confirmé dans le Rapport du Secrétaire général, cet article du Statut est fondé sur les Conventions de Genève de 1949 et, plus spécifiquement, sur les dispositions de ces Conventions relatives aux "infractions graves". Chacune des quatre Conventions de Genève de 1949 renferme une disposition sur les "infractions graves", précisant les infractions particulières aux Conventions pour lesquelles les Hautes Parties contractantes sont tenues de poursuivre les personnes responsables. En d'autres termes, les Conventions créent, pour ces actes spécifiques, une compétence répressive obligatoire universelle parmi les Etats contractants. Bien que le texte des Conventions puisse sembler ambigu et que la question ne soit pas définitivement tranchée (*voir*, par exemple, (*Amicus Curiae*) exposé du gouvernement des Etats-Unis d'Amérique concernant certains arguments présentés par le Conseil de la Défense dans l'affaire *Le Procureur c/ Dusan Tadic*, 17 juillet 1995, affaire no. IT-94-1-T, par. 35-36 ("Mémoire d'*amicus curiae* des Etats-Unis")), on s'accorde généralement à penser que les dispositions relatives aux infractions graves établissent une compétence contraignante universelle uniquement en ce qui concerne les infractions aux Conventions commises dans des conflits armés internationaux. Selon l'Appelant, puisque le système de répression des infractions graves ne s'applique qu'aux conflits armés internationaux, la référence dans l'article 2 du Statut aux dispositions sur les infractions graves des Conventions de Genève limite la compétence du Tribunal international aux termes de cet article aux actes commis dans le contexte d'un conflit armé international.

La Chambre de première instance a soutenu que l'article 2 :

"... a été rédigé de façon à être autonome plutôt qu'à servir de référence, sauf sur le point de l'identification des victimes des actes énumérés ; cette identification et elle seule, demande que l'on se reporte aux Conventions proprement dites pour la définition des "personnes ou des biens protégés".

(...)

... la condition de l'existence d'un conflit international ne figure pas dans le texte de l'article 2. Indéniablement, rien dans le libellé de l'article n'exige expressément son existence. Une fois que l'un des actes spécifiés est présumé commis à l'encontre de l'une des personnes protégées, le Tribunal international est compétent pour poursuivre si les conditions d'espace et de temps énoncées à l'article premier sont remplies.

(...)

Aucun argument ne permet de traiter l'article 2 comme s'il introduisait en fait dans le Statut l'ensemble des termes des Conventions, y compris la référence aux conflits internationaux figurant à l'article 2 commun aux Conventions de Genève. Comme nous l'avons indiqué, l'article 2 du Statut est apparemment autonome, sauf en ce qui concerne la définition des personnes et des biens protégés" (Décision de la Chambre de première instance, par. 49-51).

80. Avec tout le respect qui lui est dû, le raisonnement de la Chambre de première instance est fondé sur une conception erronée des dispositions sur les infractions graves et du degré de leur incorporation dans le Statut du Tribunal international. Le régime des infractions graves aux Conventions de Genève établit un double dispositif : on observe, d'une part, une énumération des crimes qui sont considérés si graves qu'ils constituent des "infractions graves" ; d'autre part, étroitement lié à cette énumération, un mécanisme d'exécution obligatoire, fondé sur le concept du devoir et du droit de tous les Etats contractants de rechercher et de juger ou d'extrader les personnes présumées responsables d'"infractions graves". L'élément de conflit armé international généralement attribué aux dispositions sur les infractions graves des Conventions de Genève est simplement une fonction de compétence universelle obligatoire que crée ces dispositions. La condition de conflit armé international était une limite nécessaire au régime des infractions graves à la lumière de l'intrusion dans le domaine de la souveraineté de l'Etat que cette compétence universelle obligatoire représente. Les Etats parties aux Conventions de Genève de 1949 ne voulaient pas conférer à d'autres Etats compétence pour les violations graves du droit international humanitaire commises dans leurs conflits armés internes - à tout le moins pas la compétence universelle obligatoire du régime des infractions graves.

81. La Chambre de première instance a raison lorsqu'elle laisse entendre que le mécanisme d'exécution n'a, assurément, pas été reproduit dans le Statut du Tribunal international, pour la raison évidente que le Tribunal international lui-même constitue un mécanisme pour la poursuite et la répression des auteurs d'"infractions graves". Cependant, la Chambre de première instance a interprété erronément la référence aux Conventions de Genève figurant dans la phrase de l'article 2 : "des personnes ou des biens protégés aux termes des dispositions de la Convention de Genève pertinente" (Statut du Tribunal, art. 2). Pour les raisons susmentionnées, cette référence vise clairement à indiquer que les crimes énumérés à l'article 2 ne peuvent faire l'objet de poursuites que lorsqu'ils sont perpétrés contre des personnes ou des biens considérés comme "protégés" par les Conventions de Genève dans le cadre des conditions rigoureuses fixées par les Conventions proprement dites. Cette référence dans l'article 2 à la notion de "personnes ou biens protégés" doit forcément couvrir les personnes mentionnées aux articles 13, 24, 25 et 26 (personnes protégées) et 19, 33 à 35 (biens protégés) de la Convention de Genève I ; aux articles 13, 36, 37 (personnes protégées) et 22, 24, 25 et 27 (objets protégés) de la Convention II ; à l'article 4 de la Convention III sur les prisonniers de guerre ; et aux articles 4 et 20 (personnes protégées) et 18, 19, 21, 22, 33, 53, 57 etc. (biens protégés) de la Convention IV sur les civils. Clairement, ces dispositions des Conventions de Genève s'appliquent aux personnes ou aux biens protégés uniquement dans la mesure où ils se situent dans le contexte d'un conflit armé international. En revanche, ces dispositions ne couvrent pas les personnes ou les biens relevant du domaine de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève.

82. L'interprétation qui précède est confirmée par ce que l'on pourrait considérer comme une partie des travaux préparatoires du Statut du

Tribunal international, à savoir le Rapport du Secrétaire général. Référence y est faite aux "conflits armés internationaux" dans l'introduction et dans l'explication du sens et du but de l'article 2 ainsi qu'en ce qui concerne le régime des "infractions graves" des Conventions de Genève (Rapport du Secrétaire général, par. 37).

83. Nous sommes d'avis que notre interprétation de l'article 2 est la seule justifiée par le texte du Statut et les dispositions pertinentes des Conventions de Genève ainsi que par la construction logique de leur interaction dictée par l'article 2. Cependant, nous sommes conscients de ce que cette conclusion peut sembler ne pas concorder avec les tendances récentes de la pratique des Etats et de l'ensemble de la doctrine des droits de l'homme - qui, comme nous l'indiquons ci-dessous (*voir* par. 97-127), tendent à estomper de nombreux aspects de la dichotomie traditionnelle entre guerres internationales et conflits civils. A cet égard, la Chambre note avec satisfaction la déclaration contenue dans le Mémoire d'*amicus curiae* présenté par le gouvernement des Etats-Unis, où il est soutenu que :

"les dispositions relatives aux "infractions graves" de l'article 2 du Statut du Tribunal international s'appliquent aux conflits armés de caractère non-international comme à ceux de caractère international" (Mémoire d'*amicus curiae* des Etats-Unis, p. 35).

Cette déclaration, que ne vient étayer aucune jurisprudence, ne semble pas être justifiée en ce qui concerne l'interprétation de l'article 2. Néanmoins, vue sous un autre angle, on ne saurait nier sa portée : elle énonce l'opinion juridique de l'un des Membres permanents du Conseil de sécurité sur une question juridique délicate. A ce titre, elle fournit le premier indice d'un changement possible de l'*opinio juris* des Etats. Si d'autres Etats et organes internationaux en viennent à partager cette opinion, un changement du droit coutumier relatif à la portée du régime des "infractions graves" pourrait se concrétiser progressivement. On peut trouver d'autres éléments pointant dans la même direction dans la disposition du Manuel militaire allemand susmentionné (par. 131) aux termes duquel les infractions graves au droit international humanitaire comprennent certaines violations de l'article 3 commun. De plus, on peut attirer l'attention sur l'Accord du 1er octobre 1992 conclu par les parties belligérantes en Bosnie-Herzégovine. Les articles 3 et 4 dudit Accord prévoient implicitement les poursuites et la répression des auteurs d'infractions graves aux Conventions de Genève et au Protocole additionnel I. L'Accord a, clairement, été conclu dans le cadre d'un conflit armé interne (*voir ci-dessus*, par. 73) et il doit, par conséquent, être considéré comme un indice important de la tendance actuelle à étendre les dispositions relatives aux infractions graves à cette catégorie de conflits. On peut également mentionner un jugement récent d'un tribunal danois. Le 25 novembre 1994, la troisième Chambre de la Division orientale de la Cour suprême danoise a rendu un jugement relatif à une personne accusée de crimes commis avec un certain nombre de membres de la police militaire croate le 5 août 1993 dans le camp croate de prisonniers de Dretelj, en Bosnie (Le Ministère public c/ Refik Saric, non publié (Den. H. Ct. 1994)). La Cour a explicitement agi sur le fondement des dispositions relatives aux "infractions graves" des Conventions de Genève, plus spécifiquement sur le fondement des articles 129 et 130 de la Convention III et des articles 146 et 147 de la Convention IV (Le Ministère public c/ Refik Saric, Compte rendu, p. 1 (25 novembre 1994)) sans, toutefois, soulever la question préliminaire de savoir si les crimes présumés avaient été commis dans le cadre d'un conflit armé international plutôt qu'interné (en tout état de cause, la Cour a condamné l'accusé en vertu de ces dispositions et des dispositions pénales pertinentes du Code pénal danois (*voir id.*, p. 7-8)). Ce jugement révèle que certaines juridictions nationales adoptent également l'opinion que le régime des "infractions graves" peut s'appliquer, que le conflit armé soit international ou interne.

84. En dépit de ce qui précède, la Chambre d'appel doit conclure que, dans l'état actuel de l'évolution du droit, l'article 2 du Statut ne s'applique qu'aux crimes commis dans le contexte de conflits armés internationaux.

85. Le Procureur a soutenu un autre argument devant la Chambre de première instance selon lequel les dispositions sur les infractions graves aux Conventions de Genève pourraient s'appliquer aux conflits internes en vertu de certains accords conclus par les parties belligérantes. Pour les raisons indiquées plus loin à la Section IV C (par. 144), nous concluons qu'il est inutile de trancher cette question à ce stade.

b) Article 3

86. L'article 3 du Statut habilite le Tribunal international à juger les violations des lois ou coutumes de la guerre. L'article est ainsi libellé :

"Le Tribunal international est compétent pour poursuivre les personnes qui commettent des violations des lois ou coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées :

- a) l'emploi d'armes toxiques ou d'autres armes conçues pour causer des souffrances inutiles ;
- b) la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires ;
- c) l'attaque ou le bombardement, par quelque moyen que ce soit, de villes, villages, habitations ou bâtiments non défendus ;
- d) la saisie, la destruction ou l'endommagement délibéré d'édifices consacrés à la religion, à la bienfaisance et à l'enseignement, aux arts et aux sciences, à des monuments historiques, à des oeuvres d'art et à des oeuvres de caractère scientifique ;
- e) le pillage de biens publics ou privés".

Comme l'a expliqué le Secrétaire général dans son Rapport sur le Statut, cette disposition est fondée sur la Convention de la Haye de 1907 (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, le Règlement d'application annexé à ladite Convention et l'interprétation de ce Règlement par le Tribunal de Nuremberg. L'Appelant soutient que les Règles de La Haye ont été adoptées pour régler les conflits armés entre Etats tandis que le conflit dans l'ex-Yougoslavie est un conflit armé interne. Par conséquent, dans la mesure où la compétence du Tribunal international aux termes de l'article 3 est fondée sur la Convention de La Haye, il n'est pas compétent pour juger aux termes de l'article 3 les violations présumées commises dans l'ex-Yougoslavie. L'argument de l'Appelant ne résiste pas à l'examen parce qu'il est fondé sur une interprétation excessivement étroite du Statut.

i) L'interprétation de l'article 3

87. Une interprétation littérale de l'article 3 révèle que : i) il se rapporte à une large catégorie de crimes, à savoir toutes "les violations des lois ou coutumes de la guerre" ; et ii) l'énumération de certaines de ces violations figurant à l'article 3 est de caractère illustratif et non exhaustif.

Pour identifier le contenu de la catégorie d'infractions relevant de l'article 3, il convient d'attirer l'attention sur un point important. L'expression "violations des lois ou coutumes de la guerre" est une expression technique traditionnelle employée dans le passé, quand les

concepts de "guerre" et "lois de la guerre" prévalaient encore, avant d'être en grande partie remplacés par deux notions plus larges : i) celle de "conflit armé", introduite essentiellement par les Conventions de Genève de 1949 ; et ii) la notion corrélatrice de "droit international des conflits armés", ou la notion plus récente et plus exhaustive de "droit international humanitaire", qui s'est dégagée du fait de l'influence des doctrines des droits de l'homme sur le droit des conflits armés. Comme nous l'avons indiqué plus haut, il ressort clairement du Rapport du Secrétaire général que l'expression désuète susmentionnée a été utilisée dans l'article 3 du Statut essentiellement pour faire référence à la Convention de La Haye de 1907 (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et le Règlement d'application qui y est annexé (Rapport du Secrétaire général, par. 41). Cependant, comme l'indique le Rapport, la Convention de La Haye, considérée comme du droit coutumier, constitue un important domaine du droit international humanitaire (*id.*). En d'autres termes, le Secrétaire général lui-même concède que le droit traditionnel de la guerre est plus correctement qualifié aujourd'hui de "droit international humanitaire" et que les Règles de La Haye constituent une partie importante de ce droit. De surcroît, le Secrétaire général a aussi admis correctement que les Règles de La Haye ont une portée plus large que les Conventions de Genève parce qu'elles couvrent non seulement la protection des victimes de violence armée (civils) ou de ceux qui ne participent plus aux hostilités (prisonniers de guerre) mais aussi la conduite des hostilités. Aux termes du Rapport : "Les Règles de La Haye portent sur des aspects du droit international humanitaire auxquels se rapportent aussi les Conventions de Genève de 1949" (*id.*, par. 43). Ces commentaires suggèrent que l'article 3 a pour but de couvrir à la fois les Règles de Genève et de La Haye. Par contre, les commentaires ultérieurs du Secrétaire général indiquent que les violations énumérées explicitement à l'article 3 se rapportent au droit de La Haye ne figurant pas dans les Conventions de Genève (*id.*, par. 43). Comme nous l'avons mentionné plus haut, cette liste est simplement illustrative ; de fait, l'article 3, avant d'énumérer les violations, précise qu'elles "comprennent, sans y être limitées". Quand on considère cette liste dans le contexte général de l'examen par le Secrétaire général des Règles de La Haye et du droit international humanitaire, nous concluons qu'elle peut être interprétée comme incluant d'autres infractions au droit international humanitaire. La seule limite est que ces infractions ne doivent pas déjà être couvertes par l'article 2 (autrement cette disposition deviendrait superflue). L'article 3 doit être considéré comme couvrant toutes les violations du droit international humanitaire autres que les "infractions graves" aux quatre Conventions de Genève relevant de l'article 2 (ou, de fait, les violations visées par les articles 4 et 5 dans la mesure où les articles 3, 4 et 5 se recouvrent).

88. Les débats du Conseil de sécurité qui ont suivi l'adoption de la résolution portant création du Tribunal international confirment que l'article 3 ne se limite pas à couvrir les violations des Règles de La Haye mais qu'il vise également à se référer à toutes les violations du droit international humanitaire (sous réserve des limites susmentionnées). Comme nous l'avons déjà indiqué, trois Etats Membres du Conseil, à savoir la France, les Etats-Unis et le Royaume-Uni, ont expressément déclaré que l'article 3 du Statut couvre aussi les obligations provenant d'accords en vigueur entre les parties belligérantes, c'est-à-dire l'article 3 commun aux Conventions de Genève et les deux Protocoles additionnels ainsi que les autres accords conclus par les parties belligérantes. Le délégué de la France a déclaré que :

"L'expression 'lois ou coutumes de la guerre' employée à l'article 3 du Statut couvre spécifiquement, de l'avis de la France, toutes les obligations qui découlent des accords sur le droit humanitaire en vigueur sur le territoire de l'ex-Yougoslavie à l'époque de la commission des crimes" (Procès-verbal verbatim provisoire de la 3217^e réunion, p. 11, Document des Nations Unies S/PV.3217 (25 mai 1993)).

Le délégué américain a déclaré pour sa part :

"Nous croyons savoir que d'autres Membres du Conseil partagent notre opinion concernant les clarifications suivantes du Statut :

Premièrement, il est entendu que les "lois ou coutumes de la guerre" mentionnées à l'article 3, comprennent toutes les obligations aux termes du droit humanitaire en vigueur sur le territoire de l'ex-Yougoslavie à l'époque où les actes ont été commis, y compris l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et les Protocoles additionnels de 1977 à ces Conventions" (*id.*, p. 15).

De son côté, le délégué britannique a indiqué :

"Notre opinion est que la référence aux lois ou coutumes de la guerre à l'article 3 est suffisamment large pour inclure les Conventions internationales applicables" (*id.*, p. 19).

Il convient d'ajouter que le Représentant de la Hongrie a souligné :

"l'importance du fait que la compétence du Tribunal international couvre tout l'éventail du droit international humanitaire et toute la durée du conflit sur l'ensemble du territoire de l'ex-Yougoslavie" (*id.*, p. 20).

Aucun délégué n'a contesté ces déclarations et elles peuvent donc être considérées comme une interprétation faisant autorité de l'article 3, à savoir que sa portée est beaucoup plus large que les violations énumérées dans les Règles de La Haye.

89. A la lumière des remarques qui précèdent, on peut soutenir que l'article 3 est une clause générale couvrant toutes les violations du droit humanitaire ne relevant pas de l'article 2 ou couvertes par les articles 4 ou 5, plus spécifiquement : i) les violations des Règles de La Haye sur les conflits internationaux ; ii) les atteintes aux dispositions des Conventions de Genève autres que celles classées comme "infractions graves" par lesdites Conventions ; iii) les violations de l'article 3 commun et autres règles coutumières relatives aux conflits internes ; iv) les violations des accords liant les Parties au conflit, considérés comme relevant du droit conventionnel, c'est-à-dire des accords qui ne sont pas devenus du droit international coutumier (sur ce point, se reporter au paragraphe 143 ci-dessous).

90. La Chambre d'appel souhaite ajouter que, dans l'interprétation du sens et du but des expressions "violations des lois ou coutumes de la guerre" ou "violations du droit international humanitaire", il convient de tenir compte du contexte de l'ensemble du Statut. Une interprétation systématique du Statut met l'accent sur le fait que diverses dispositions, en expliquant le but et les tâches du Tribunal international ou en définissant ses fonctions, se réfèrent aux "violations graves" du droit international humanitaire" (*voir* Statut du Tribunal international, préambule, art. 1, 9 1), 10 1)-2), 23 1), 29 1), accentuation ajoutée). Il est, par conséquent, approprié d'interpréter l'expression "violations des lois ou coutumes de la guerre" comme couvrant des violations graves du droit international humanitaire.

91. Ainsi, l'article 3 confère au Tribunal international compétence sur toute violation grave du droit international humanitaire qui n'est pas couverte par les articles 2, 4 ou 5. L'article 3 est une disposition fondamentale établissant que toute "violation grave du droit international humanitaire" doit faire l'objet de poursuites par le Tribunal international. En d'autres termes, l'article 3 opère comme une clause supplétive visant à garantir qu'aucune violation grave du droit international humanitaire n'échappe à la compétence du Tribunal international. L'article 3 vise à rendre cette compétence inattaquable et incontournable.

92. Cette interprétation de l'article 3 est aussi corroborée par l'objet et le but de la disposition. Quand il a décidé de créer le Tribunal international,

le Conseil de sécurité visait à mettre un terme à toutes les violations graves du droit international humanitaire perpétrées sur le territoire de l'ex-Yougoslavie et pas simplement à des catégories spéciales de ces violations, à savoir les "infractions graves" aux Conventions de Genève ou les violations des "Règles de La Haye". Par conséquent, si l'interprétation est correcte, l'article 3 concrétise pleinement l'objectif fondamental de la création du Tribunal international, c'est-à-dire de ne laisser impuni aucun auteur de ces violations graves, quel que soit le contexte de leur perpétration.

93. L'interprétation qui précède est encore confirmée si l'article 3 est analysé d'un point de vue plus général, c'est-à-dire s'il est interprété dans son contexte historique. Comme l'a indiqué la Cour internationale de justice dans l'affaire *Nicaragua*, l'article premier des quatre Conventions de Genève, aux termes desquelles les parties contractantes s'"engagent à respecter et à faire respecter (les Conventions) en toutes circonstances" découle "des principes généraux du droit humanitaire dont les Conventions ne sont que l'expression concrète" (affaire relative aux activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre lui (*Nicaragua. c/ Etats-Unis d'Amérique*), Motifs, C.I.J. Recueil 1986, p. 14, par. 220, 27 juin ("Affaire du Nicaragua")). Ce principe général énonce une obligation qui incombe non seulement aux Etats mais aussi à d'autres entités internationales, y compris les Nations Unies. C'est avec cette obligation à l'esprit qu'en 1977, les Etats rédigeant les deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève ont convenu de l'article 89 du Protocole I, aux termes duquel :

"Dans les cas de violations graves des Conventions ou du présent Protocole, les Hautes Parties contractantes s'engagent à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation des Nations Unies et conformément à la Charte des Nations Unies" (Protocole I, art. 89, (accentuation ajoutée)).

L'article 3 vise à concrétiser cet engagement en dotant le Tribunal international du pouvoir de poursuivre toutes les "violations graves" du droit international humanitaire.

ii) Les conditions à remplir pour qu'une violation du droit international

humanitaire relève de l'article 3

94. La Chambre d'appel estime nécessaire de préciser les conditions à remplir pour que l'article 3 s'applique. Les conditions suivantes doivent être remplies pour qu'un crime puisse faire l'objet de poursuites devant le Tribunal international aux termes de l'article 3 :

i) la violation doit porter atteinte à une règle du droit international humanitaire ;

ii) la règle doit être de caractère coutumier ou, si elle relève du droit conventionnel, les conditions requises doivent être remplies (*voir par. 143 ci-dessous*) ;

iii) la violation doit être grave, c'est-à-dire qu'elle doit constituer une infraction aux règles protégeant des valeurs importantes et cette infraction doit entraîner de graves conséquences pour la victime. Ainsi, par exemple, le fait qu'un combattant s'approprie simplement un pain dans un village occupé ne constituerait pas une "violation grave du droit international humanitaire" bien que cet acte puisse relever du principe fondamental énoncé à l'article 46 par. 1 des Règles de La Haye (et de la règle correspondante du droit coutumier) selon laquelle "les biens privés doivent être respectés" par toute armée occupant un territoire ennemi ;

iv) la violation de la règle doit entraîner, aux termes du droit international coutumier ou conventionnel, la responsabilité pénale individuelle de son auteur.

Il s'ensuit qu'il importe peu que les "violations graves" aient été perpétrées ou non dans le contexte d'un conflit armé international ou interne, aussi longtemps que les conditions précitées sont remplies.

95. La Chambre d'appel considère nécessaire d'examiner maintenant deux des conditions précitées, à savoir : i) l'existence de règles internationales coutumières régissant le conflit interne ; et ii) la question de savoir si la violation de ces règles peut entraîner la responsabilité pénale individuelle. La Chambre d'appel se concentre sur ces deux conditions parce que la Défense a allégué devant la Chambre de première instance qu'elles n'ont pas été remplies dans l'affaire en cause. Cet examen est également approprié du fait de la rareté des décisions judiciaires faisant autorité et de la doctrine juridique sur la question.

iii) Règles coutumières du droit international humanitaire régissant les conflits

armés internes

a) Contexte général

96. Chaque fois que la violence armée éclatait dans la communauté internationale, la réponse juridique du droit international traditionnel s'appuyait sur une dichotomie absolue : guerre ou révolte. La première catégorie s'appliquait aux conflits armés entre Etats souverains (à moins de reconnaissance de belligérance dans une guerre civile) tandis que la seconde intéressait la violence armée éclatant sur le territoire d'un Etat souverain. Le droit international traitait donc très différemment ces deux catégories de conflit : les guerres entre Etats étaient réglementées par un ensemble de règles juridiques internationales, régissant à la fois la conduite des hostilités et la protection des personnes ne participant pas (ou ne participant plus) à la violence armée (civils, blessés, malades, naufragés, prisonniers de guerre). En revanche, les règles régissant les conflits civils étaient rares, les Etats préférant les considérer comme une rébellion, une mutinerie ou une trahison relevant du droit pénal interne et, de ce fait, excluant toute intrusion possible d'autres Etats dans leur propre domaine de compétence interne. Cette dichotomie était clairement axée sur la souveraineté de l'Etat et reflétait la configuration traditionnelle de la communauté internationale, fondée sur la coexistence d'Etats souverains plus enclins à défendre leurs intérêts propres que les préoccupations de la communauté ou les exigences humanitaires.

97. Depuis les années 1930, cependant, la distinction susmentionnée s'est de plus en plus estompée et des règles juridiques internationales sont de plus en plus apparues ou ont été convenues en vue de régir les conflits armés internes. Cette évolution s'explique par plusieurs raisons. Premièrement, les guerres civiles sont devenues plus fréquentes, non seulement parce que le progrès technologique a permis à des groupes de personnes d'accéder aux armements mais aussi du fait de tensions croissantes tant idéologiques qu'ethniques ou économiques ; en conséquence, la communauté internationale ne pouvait plus ignorer le régime juridique de ces conflits. Deuxièmement, les conflits armés internes sont devenus de plus en plus cruels et prolongés, touchant l'ensemble de la population de l'Etat concerné ; le recours à une violence

armée totale a pris une telle dimension que la différence avec les guerres internationales s'est de plus en plus effacée (il suffit de mentionner la guerre civile espagnole en 1936-1939, la guerre civile congolaise en 1960-1968, le conflit biafrais au Nigeria en 1967-1970, la guerre civile au Nicaragua en 1981-1990 ou au Salvador, 1980-1993). Troisièmement, le conflit civil de grande échelle, conjugué à l'interdépendance croissante des Etats dans la communauté internationale a rendu de plus en plus difficile pour les Etats tiers de demeurer à l'écart ; les intérêts économiques, politiques et idéologiques des Etats tiers ont provoqué leur participation directe dans cette catégorie de conflits, exigeant par conséquent que le droit international tienne davantage compte de leur régime juridique pour éviter, dans la mesure du possible, des retombées nuisibles. Quatrièmement, le développement et la propagation rapides dans la communauté internationale des doctrines des droits de l'homme, en particulier après l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'homme en 1948, ont apporté des changements significatifs au droit international, en particulier dans l'approche des problèmes qui assaillent la communauté mondiale. Une approche axée sur la souveraineté de l'Etat a été progressivement supplantée par une approche axée sur les droits de l'homme. Progressivement, la maxime du droit romain *hominum causa omne jus constitutum est* (tout droit est créé au bénéfice des êtres humains) a acquis également un solide point d'ancrage dans la communauté internationale. Il s'ensuit que, dans le domaine des conflits armés, la distinction entre conflits entre Etats et guerres civiles perd de sa valeur en ce qui concerne les personnes. Pourquoi protéger les civils de la violence de la guerre, ou interdire le viol, la torture ou la destruction injustifiée d'hôpitaux, édifices du culte, musées ou biens privés ainsi qu'interdire des armes causant des souffrances inutiles quand deux Etats souverains sont en guerre et, dans le même temps, s'abstenir de décréter les mêmes interdictions ou d'offrir les mêmes protections quand la violence armée éclate "uniquement" sur le territoire d'un Etat souverain ? Si le droit international, tout en sauvegardant, bien sûr, les intérêts légitimes des Etats, doit progressivement assurer la protection des êtres humains, l'effacement progressif de la dichotomie susmentionnée n'est que naturel.

98. Les règles internationales régissant les conflits internes sont apparues à deux échelons différents : celui du droit coutumier et celui du droit conventionnel. Deux catégories de règles, qui ne sont en aucune façon contraires ou incohérentes mais qui, plutôt, se soutiennent et s'étaient mutuellement, se sont ainsi cristallisées. En fait, l'interaction entre ces deux catégories est telle que certaines règles du droit conventionnel se sont progressivement intégrées au droit coutumier. C'est le cas de l'article 3 commun des Conventions de Genève de 1949, comme l'a soutenu la Cour internationale de Justice (affaire du Nicaragua, par. 218) mais cela s'applique également à l'article 19 de la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé du 14 mai 1954 et, comme nous le verrons plus loin (par. 117) à l'essentiel du Protocole additionnel II de 1977.

99. Avant de relever certains des principes et règles du droit coutumier qui sont apparus dans la communauté internationale pour régler la guerre civile, il convient d'élever une mise en garde sur le processus d'adoption des lois dans le domaine du droit des conflits armés. Quand on s'efforce d'évaluer la pratique des Etats en vue d'établir l'existence d'une règle coutumière ou d'un principe général, il est difficile, pour ne pas dire impossible, de préciser le comportement effectif des troupes sur le terrain dans le but d'établir si elles respectent ou ignorent en fait certaines normes de conduite. Cet examen est considérablement compliqué par le fait que non seulement l'accès au théâtre des opérations militaires est normalement refusé aux observateurs indépendants (souvent même au CICR) mais aussi parce que les renseignements sur la conduite effective des hostilités sont dissimulés par les Parties au conflit ; pis encore, il est souvent recouru à la désinformation dans le but de tromper l'ennemi ainsi que l'opinion publique et les gouvernements étrangers. Lorsqu'on évalue la formation de règles coutumières ou de principes généraux, il convient par conséquent d'être conscient que, du fait du caractère intrinsèque de ce domaine, on doit s'appuyer essentiellement sur des éléments comme les déclarations officielles des Etats, les manuels militaires et les décisions judiciaires.

b) Règles principales

100. Les premières règles apparues dans ce domaine visaient à protéger la population civile vis-à-vis des hostilités. Dès la guerre civile espagnole (1936-1939), la pratique des Etats révélait une tendance à ignorer la distinction entre les guerres internationales et internes et à appliquer certains principes généraux du droit humanitaire, au moins aux conflits internes qui constituaient des guerres civiles sur une grande échelle. La guerre civile espagnole se caractérisait par des éléments d'un conflit armé à la fois international et interne. Il est significatif que le gouvernement républicain, de même que les Etats tiers, ont refusé de reconnaître la qualité de belligérants aux rebelles. Ils ont néanmoins insisté pour l'application de certaines règles relatives aux conflits armés internationaux. On relève parmi les règles jugées applicables, l'interdiction du bombardement intentionnel des populations civiles, la règle interdisant les attaques contre des objectifs non-militaires et celle intéressant les précautions requises lors de l'attaque d'objectifs militaires. Ainsi, par exemple, le 23 mars 1938, le Premier ministre Chamberlain a expliqué la protestation britannique contre le bombardement de Barcelone de la manière suivante :

"Les règles du droit international régissant ce qui constitue un objectif militaire sont mal définies et, en attendant la conclusion de l'examen de cette question ... je ne suis pas en mesure de faire une déclaration sur le sujet. Cependant, s'il est une règle indéniable de droit international c'est que le bombardement direct et délibéré de non-combattants est illégal en toutes circonstances. La protestation du gouvernement de Sa Majesté se fonde sur des informations qui l'ont conduit à conclure que le bombardement de Barcelone, réalisé apparemment sans motif et sans viser spécialement des objectifs militaires, était en fait de cette nature" (333 Débats de la Chambre des Communes, col. 1177, (23 mars 1938)).

De façon plus générale, répondant aux questions posées par un membre du Parlement, Noel Baker, concernant la guerre civile espagnole, le Premier ministre déclarait le 21 juin 1938

"On peut dire qu'il existe, en tout état de cause, trois règles ou trois principes de droit international qui sont tout autant applicables à la guerre aérienne qu'ils le sont à la guerre sur terre ou sur mer. En premier lieu, il est contraire au droit international de bombarder des civils et de lancer des attaques délibérées contre des populations civiles. Il s'agit là indéniablement, de violations du droit international. En second lieu, les cibles visées par les opérations aériennes doivent être des objectifs militaires légitimes et doivent pouvoir être identifiées. En troisième lieu, on doit éviter dans toute la mesure du possible dans l'attaque de ces objectifs militaires de bombarder des populations civiles qui se trouveraient dans leur voisinage" (337 Débats de la Chambre des Communes, cols. 937-38 (21 juin 1938)).

101. Ces opinions ont été réaffirmées dans un certain nombre de résolutions contemporaines par l'Assemblée de la Société des Nations ainsi que dans les déclarations et accords des parties belligérantes. Par exemple, le 30 septembre 1938, l'Assemblée de la Société des Nations a adopté à l'unanimité une résolution concernant à la fois le conflit espagnol et la guerre sino-japonaise. Après avoir déclaré qu'"en de nombreuses occasions, l'opinion publique a exprimé par les circuits les plus autorisés son horreur du bombardement des populations civiles", et que "cette pratique dépourvue d'impératif militaire et qui, comme le démontre l'expérience, cause uniquement des souffrances inutiles, est condamnée par les principes reconnus du droit international", l'Assemblée a exprimé l'espoir qu'un accord pourrait être conclu sur la question, ajoutant qu'elle :

"reconnaît les principes suivants comme le fondement nécessaire à toute réglementation future

1) le bombardement intentionnel des populations civiles est illégal ;

2) les cibles visées par les opérations aériennes doivent être des objectifs militaires légitimes et doivent être identifiables ;

3) toute attaque contre des objectifs militaires légitimes doit être exécutée de manière à éviter de bombarder par négligence les populations civiles se trouvant dans le voisinage" (*Société des Nations, O.J. Supp. Spec. 183, p. 135-136 (1938)*).

102. La pratique ultérieure des Etats démontre que la guerre civile espagnole n'a pas été une exception pour ce qui est d'avoir étendu certains principes généraux du droit de la guerre aux conflits armés internes. Les règles dont elle fut à l'origine visaient à protéger les civils se trouvant sur le théâtre des hostilités ; celles conçues pour protéger ceux qui ne participaient pas (ou ne participaient plus) aux hostilités sont apparues après la Deuxième guerre mondiale. En 1947, Mao Tsétoung donnait pour instruction à l'"Armée populaire de libération" chinoise de ne pas "tuer ou humilier les officiers et les hommes appartenant à l'armée de Chiang Kai-shek qui déposent leurs armes" (*Manifeste de l'Armée populaire de libération chinoise*, dans Mao Tsétoung, 4 OEUVRES CHOISIES (1961) p. 147 à 151). Il a aussi donné pour instruction aux rebelles, notamment, de ne pas "maltraiter les prisonniers", "endommager les récoltes" ou "prendre des libertés avec les femmes" (*Sur la réédition des trois grandes règles de discipline et des huit points d'attention - Instruction du Quartier général de l'Armée populaire de libération chinoise, id., p. 155*).

Point important, les Etats ont par la suite édicté certaines règles obligatoires minima applicables aux conflits armés internes dans l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949. La Cour internationale de Justice a confirmé que ces règles reflètent "les considérations élémentaires d'humanité" applicables dans le cadre du droit international coutumier à tout conflit armé, qu'il soit de caractère interne ou international (affaire du Nicaragua, par. 128). Par conséquent, au moins en ce qui concerne les règles minima de l'article 3 commun, le caractère du conflit importe peu.

103. L'article 3 commun renferme non seulement les règles de fond régissant les conflits armés internes mais aussi un mécanisme procédural invitant les Parties à ces conflits à convenir de respecter le reste des Conventions de Genève. Comme dans les conflits qui se déroulent actuellement dans l'ex-Yougoslavie, les Parties à un certain nombre de conflits armés internes ont recouru à cette procédure pour assurer l'application du droit régissant les conflits armés internationaux à leurs hostilités internes. Par exemple, dans le conflit de 1967 au Yémen, les Royalistes comme le Président de la République ont convenu de respecter les règles essentielles des Conventions de Genève. De telles décisions reflètent l'idée que certaines règles fondamentales doivent s'appliquer quelle que soit la nature du conflit.

104. Les accords conclus conformément à l'article 3 commun ne sont pas le seul véhicule permettant au droit international humanitaire d'être appliqué dans les conflits armés internes. Dans plusieurs cas reflétant le respect coutumier de principes fondamentaux dans des conflits internes, les belligérants se sont unilatéralement engagés à respecter le droit international humanitaire.

105. Nous pouvons citer, comme exemple notoire, la conduite de la République démocratique du Congo durant la guerre civile qui s'est déroulée dans ce pays. Dans une déclaration publique du 21 octobre 1964, le Premier ministre a pris l'engagement suivant concernant la conduite des hostilités :

"Pour des raisons humanitaires et dans le but de rassurer la population civile qui pourrait se croire en danger, le gouvernement congolais déclare que les forces aériennes congolaises limiteront leurs actions aux objectifs militaires.

Dans cette affaire, le gouvernement congolais désire non seulement protéger les vies humaines mais aussi respecter la Convention de Genève (*sic*). Il escompte également à ce que les rebelles - et il leur lance un appel urgent à cet effet - agissent de la même manière.

Comme mesure pratique, le gouvernement congolais suggère que des observateurs de la Croix rouge internationale viennent vérifier si la Convention de Genève est respectée (*sic*), en particulier au plan du traitement des prisonniers et de l'interdiction de la prise d'otages" (*Déclaration publique du Premier ministre de la République démocratique du Congo (21 octobre 1964), réimprimée dans American Journal of International Law (1965) p. 614 à 616*).

Cette déclaration indique l'acceptation des règles relatives à la conduite des hostilités et, en particulier, le principe que les civils ne doivent pas être attaqués. Comme la pratique de l'Etat dans la guerre civile espagnole, la déclaration du Premier ministre congolais confirme que cette règle fait partie intégrante du droit coutumier des conflits armés internes. En fait, cette déclaration ne doit pas être interprétée comme une offre ou un engagement de respecter des obligations qui n'étaient pas antérieurement contraignantes ; elle visait, plutôt, à réaffirmer l'existence de ces obligations et énonçait le fait que le gouvernement congolais les respecterait sans réserves.

106. On peut en trouver une autre confirmation dans le "Code opérationnel de conduite des forces armées nigérianes", publié en juillet 1967 par le Chef du gouvernement militaire fédéral, le Général Y. Gowon, pour réglementer la conduite des opérations militaires de l'Armée fédérale contre les rebelles. Ce "Code opérationnel de conduite" précisait que dans la répression de la rébellion au Biafra, les troupes fédérales étaient tenues de respecter les Conventions de Genève et, en outre, de respecter un ensemble de règles protégeant les populations et biens civils sur le théâtre des opérations militaires (*voir A.H.M. Kirk-Greene, I CRISIS AND CONFLICT IN NIGERIA, A DOCUMENTARY SOURCEBOOK 1966-1969, p. 455-457 (1971)*). Ce "Code opérationnel de conduite" montre que, dans une guerre civile longue et de grande échelle, les autorités centrales, tout en refusant d'accorder une reconnaissance de belligérance, jugeaient nécessaire d'appliquer non seulement les dispositions des Conventions de Genève visant à protéger les civils aux mains de l'ennemi et les combattants faits prisonniers, mais également les règles générales sur la conduite des hostilités qui sont généralement applicables aux conflits internationaux. Il convient de noter que le Code a été effectivement appliqué par les autorités nigérianes. Ainsi, par exemple, le 27 juin 1968, deux officiers de l'armée nigériane ont été publiquement exécutés par un peloton d'exécution à Bénin City dans le centre-ouest du Nigéria, pour le meurtre de quatre civils près d'Asaba (*voir New Nigerian, 28 juin 1968, p. 1*). De plus, le 3 septembre 1968, un lieutenant nigériane a été traduit devant un tribunal militaire, condamné à mort et exécuté par un peloton d'exécution à Port-Harcourt pour avoir tué un soldat biafrais rebelle qui s'était rendu aux troupes fédérales près d'Aba (*voir Daily Times - Nigeria, 3 septembre 1968, p. 1 ; Daily Times - Nigeria, 4 septembre 1968, p. 1*).

Cette attitude des autorités nigérianes confirme ainsi la tendance amorcée par la guerre civile espagnole à laquelle il est fait référence plus haut (par. 101-102). Cette attitude des autorités nigérianes confirme ainsi la tendance amorcée par la guerre civile espagnole à laquelle il est fait référence plus haut (par. 101-102), aux termes de laquelle le gouvernement central d'un Etat, dans lequel un conflit interne a éclaté, juge préférable de ne pas reconnaître l'état de belligérance, tout en appliquant au conflit l'essentiel des normes juridiques relatives aux conflits entre Etats.

107. On peut relever un cas plus récent de cette tendance dans la décision prise en 1988 par les rebelles (FMLN) au Salvador, quand il est devenu évident que le gouvernement n'était pas prêt à appliquer le Protocole additionnel II qu'il avait antérieurement ratifié. Le FMLN s'est engagé à respecter à la fois l'article 3 commun et le Protocole II :

"Le FMLN assure que ses méthodes de combat respectent les dispositions de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II, prennent en considération les besoins de la majorité de la population et défendent leurs libertés fondamentales" (FMLN, *La Legitimidad de nuestros métodos de lucha*, Secretaría de promoción y protección de los Derechos Humanos del FMLN, El Salvador, 10 octobre 1988, p. 89 ; traduction officieuse)².

108. En plus du comportement des Etats belligérants, des gouvernements et des rebelles, d'autres facteurs ont contribué à la formation des règles coutumières en cause. Nous mentionnerons, en particulier, l'action du CICR, deux résolutions adoptées par l'Assemblée générale des Nations Unies, certaines déclarations d'Etats membres de la Communauté européenne (devenue depuis l'Union européenne) ainsi que le Protocole additionnel II de 1977 et certains manuels militaires.

109. On le sait, le CICR a été extrêmement actif en encourageant l'élaboration, l'application et la diffusion du droit international humanitaire. Sous l'angle qui nous intéresse, à savoir l'apparition de règles coutumières concernant les conflits armés internes, le CICR a apporté une contribution remarquable en demandant à toutes les parties aux conflits armés de respecter le droit international humanitaire. Il est notable que, quand il s'est trouvé confronté à des conflits armés non-internationaux, le CICR a encouragé l'application des principes fondamentaux du droit humanitaire par les belligérants. De plus, dans toute la mesure du possible, il s'est efforcé de persuader les Parties au conflit de respecter les Conventions de Genève de 1949 ou, au moins, leurs principales dispositions. Quand les Parties, ou l'une d'elles, ont refusé de respecter l'essentiel du droit international humanitaire, le CICR a indiqué qu'elles devraient, au minimum, respecter l'article 3 commun. Cela montre que le CICR a encouragé et facilité l'application des principes généraux du droit humanitaire aux conflits armés internes. Les résultats pratiques ainsi obtenus par le CICR en incitant au respect du droit international humanitaire doivent, par conséquent, être considérés comme un élément de la pratique internationale effective ; c'est un élément qui a nettement contribué à l'apparition ou à la cristallisation de règles coutumières.

110. L'application de certaines règles de guerre dans les conflits armés tant internes qu'internationaux est corroborée par deux résolutions de l'Assemblée générale sur le "Respect des droits de l'homme dans le cadre des conflits armés". La première, résolution 2444, a été adoptée à l'unanimité³ en 1968 par l'Assemblée générale : ("reconnaissant la nécessité d'appliquer les principes humanitaires fondamentaux dans tous les conflits armés") l'Assemblée générale "affirme" que :

"les principes suivants que doivent observer toutes les autorités, gouvernementales et autres, responsables de la conduite d'opérations en période de conflit armé, à savoir : a) que le droit des parties à un conflit armé d'adopter des moyens de nuire à l'ennemi n'est pas illimité ; b) qu'il est interdit de lancer des attaques contre les populations civiles en tant que telles ; c) qu'il faut en tout temps faire la distinction entre les personnes qui prennent part aux hostilités et les membres de la population civile, afin que ces derniers soient épargnés dans toute la mesure du possible" (A. G. Res. 2444, U.N. GAOR, 23e session, supp. no. 18, Document des Nations Unies A/7218 (1968)).

Il convient de noter qu'avant l'adoption de la résolution, le représentant des Etats-Unis avait déclaré à la Troisième Commission que les principes proclamés dans la résolution "constituent une réaffirmation du droit international existant" (U.N. GAOR, 3e Commission, 23e session, 1634e séance, p. 2, Document des Nations Unies A/C.3/SR.1634 (1968)). Cette opinion a été réitérée en 1972 quand le Département de la défense des Etats-Unis a relevé que la résolution était "déclarative du droit international coutumier existant" ou, en d'autres termes, "une réaffirmation correcte" des "principes du droit international coutumier" (*voir 67 American Journal of International Law* (1973), p. 122, 124).

111. Poussant plus avant les principes énoncés dans la résolution 2444, l'Assemblée générale a adopté à l'unanimité⁴ en 1970 la résolution 2675 sur les "Principes fondamentaux touchant la protection des populations civiles en période de conflit armé". En présentant cette résolution qu'elle co-parrainait à la Troisième Commission, la Norvège a expliqué que, dans ladite résolution, "l'expression 'conflit armé' s'entend des conflits de toutes sortes - point important, puisque les dispositions des Conventions de Genève et des Règles de La Haye ne s'étendent pas à tous les conflits" (U.N. GAOR, 3e Commission, 25e session, 1785e séance, p. 281, Document des Nations Unies A/C.3/SR.1785 (1970) ; *voir également* U.N. GAOR 25e session, 1922e séance, p. 3, Document des Nations Unies A/PV.1922 (1970) (Déclaration du représentant de Cuba durant l'examen en session plénière de la résolution 2675)). La résolution déclarait notamment :

"Consciente de la nécessité de mesures propres à assurer une meilleure protection des droits de l'homme lors des conflits armés de toutes sortes, (... l'Assemblée générale) *affirme* les principes fondamentaux ci-après touchant la protection des populations civiles en période de conflit armé, sans préjudice à l'approfondissement dont ils pourront faire l'objet à l'avenir dans le cadre du développement progressif du droit international applicable aux conflits armés :

1. Les droits fondamentaux de l'homme, tels qu'ils sont acceptés en droit international et énoncés dans des instruments internationaux, demeurent pleinement applicables en cas de conflit armé.
2. Dans la conduite des opérations militaires en période de conflit armé, une distinction doit toujours être faite entre les personnes qui prennent part activement aux hostilités et les populations civiles.
3. Dans la conduite des opérations militaires, tout effort sera fait pour épargner aux populations civiles les ravages de la guerre, et toutes précautions nécessaires seront prises pour éviter d'infliger des blessures, pertes ou dommages aux populations civiles.
4. Les populations civiles en tant que telles ne seront pas l'objet d'opérations militaires.
5. Les habitations et autres installations qui ne sont utilisées que par les populations civiles ne seront pas l'objet d'opérations militaires.
6. Les lieux ou régions désignés pour la seule protection des populations civiles, tels que zones sanitaires ou refuges similaires, ne seront pas l'objet d'opérations militaires.
7. Les populations civiles, ou les individus qui les composent, ne seront pas l'objet de représailles, de déplacements par la force ou de toute autre atteinte à leur intégrité.
8. La fourniture d'une aide internationale aux populations civiles est conforme aux principes humanitaires de la Charte des Nations Unies, de la Déclaration universelle des droits de l'homme et d'autres instruments internationaux dans le domaine des droits de l'homme. La Déclaration de principe relative aux actions de secours en faveur des populations civiles en cas de désastre, contenue dans la résolution XXVI adoptée par la XXIe Conférence internationale de la Croix-Rouge, sera applicable en cas de conflit armé, et toutes les parties au conflit s'efforceront de faciliter l'application desdits principes" (A.G. Res. 2675, U.N. GAOR, 25e session, supp. no. 28, Document des Nations Unies A/8028 (1970)).

112. Conjointement, ces résolutions ont joué un double rôle : elles ont affirmé les principes du droit international coutumier concernant la protection des populations et des biens civils dans le cadre d'un conflit armé quel qu'il soit et, dans le même temps, elles ont visé à encourager l'adoption de traités sur la question, conçus pour préciser et étayer ces principes.

113. Des groupes d'Etats ont également, en plusieurs occasions, indiqué que le droit international humanitaire comprend des principes ou règles générales visant à protéger les civils à des hostilités durant des conflits armés internes. Par exemple, s'agissant du Libéria, les douze (à l'époque) Etats membres de la Communauté européenne, dans une déclaration du 2 août 1990, proclamaient :

"En particulier, la Communauté et ses Etats membres demandent aux parties au conflit, conformément au droit international et aux principes humanitaires fondamentaux, de maintenir à l'écart de la violence les ambassades et refuges comme les édifices du culte, hôpitaux etc. où des civils sans défense ont cherché refuge" (6 European Political Cooperation Documentation Bulletin, p. 295 (1990)).

114. Un appel semblable, bien que plus général, a été lancé par le Conseil de sécurité dans sa résolution 788 (au paragraphe 5 du dispositif, elle demandait à "toutes les parties au conflit et à toutes les autres parties intéressées de respecter strictement les dispositions du droit international humanitaire") (C.S. Res. 788 (19 novembre 1992)), un appel réitéré dans sa résolution 972 (C.S. Res. 972 (13 janvier 1995)) et dans sa résolution 1001 (C.S. Res. 1001 (30 juin 1995)).

Le Conseil de sécurité a également lancé des appels aux parties à une guerre civile demandant qu'elles respectent les principes du droit international humanitaire dans le cas de la Somalie et de la Géorgie. S'agissant de la Somalie, on peut mentionner la résolution 794 dans laquelle le Conseil de sécurité a condamné, en particulier, comme violation du droit international humanitaire, "le blocage délibéré de la livraison de produits alimentaires et médicaux essentiels à la survie de la population civile" (C.S. Res. 794 (3 décembre 1992)) et résolution 814 (C.S. Res. 814 (26 mars 1993)). S'agissant de la Géorgie, se reporter à la résolution 993 (dans laquelle le Conseil de sécurité a réaffirmé "la nécessité pour les Parties de respecter le droit international humanitaire") (C.S. Res. 993 (12 mai 1993)).

115. De même, les 15 Etats membres de l'Union européenne ont récemment insisté sur le respect du droit international humanitaire dans la guerre civile en Tchétchénie. Le 17 janvier 1995, le Président de l'Union européenne a publié un communiqué déclarant :

"L'Union européenne suit avec la plus grande préoccupation les combats qui continuent en Tchétchénie. Les cessez-le-feu promis n'ont aucun effet sur le terrain. Des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire continuent. L'Union européenne déplore vigoureusement les très nombreuses victimes et les souffrances infligées à la population civile" (Conseil de l'Union européenne - Secrétariat général, Communiqué de presse 4215/95 (Presse II-G) p. 1, 17 janvier 1995).

L'appel a été réitéré le 23 janvier 1995, quand l'Union européenne a publié la déclaration suivante :

"(L'Union) déplore les violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire qui continuent d'être observées (en Tchétchénie). Elle demande la cessation immédiate des combats et la réouverture des négociations en vue de chercher une solution politique au conflit. Elle demande que la liberté d'accès à la Tchétchénie et l'acheminement approprié de l'aide humanitaire aux populations soient garantis" (Conseil de l'Union européenne - Secrétariat général, Communiqué de presse 4385/95 (Presse 24), p. 1 (23 janvier 1995)).

116. Il convient de souligner que, dans les communiqués et résolutions susmentionnés, l'Union européenne et le Conseil de sécurité des Nations Unies n'ont pas mentionné l'article 3 commun aux Conventions de Genève mais ont parlé de "droit international humanitaire", articulant clairement l'opinion qu'il existe un ensemble de principes et de normes générales relatifs aux conflits armés internes qui couvrent l'article 3 commun mais qui ont également une portée plus large.

117. On attirera également l'attention sur le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève. De nombreuses dispositions dudit Protocole peuvent maintenant être considérées comme déclaratives de règles existantes ou comme ayant cristallisé des règles naissantes du droit coutumier ou comme ayant vigoureusement contribué à leur évolution en tant que principes généraux.

Cet argument est confirmé par les opinions exprimées par un certain nombre d'Etats. Ainsi, par exemple, on peut mentionner la position adoptée en 1987 par le Salvador (un Etat partie au Protocole II). Après avoir été invité à maintes reprises par l'Assemblée générale à respecter le droit humanitaire dans la guerre civile faisant rage sur son territoire (*voir*, par exemple, A.G. Res. 41/157 (1986)), le gouvernement salvadorien a déclaré qu'à strictement parler, le Protocole II ne s'appliquait pas à ladite guerre civile (bien qu'une évaluation objective ait incité certains gouvernements à conclure que toutes les conditions nécessaires pour cette application étaient remplies (*voir*, par exemple, Annuaire suisse de droit international, (1987) p. 185-187)). Néanmoins, le gouvernement salvadorien s'est engagé à respecter les dispositions du Protocole, parce qu'il considérait qu'elles "étaient et complètent" l'article 3 commun "qui, pour sa part, constitue la protection minimum due à chaque être humain à tout moment et en tout lieu"⁵ (*voir Informe de la Fuerza Armada de El Salvador sobre el respeto y la vigencia de las normas del Derecho Internacional Humanitario durante el periodo de Septiembre de 1986 a Agosto de 1987*, p. 3 (31 août 1987) (transmis par le Ministère de la défense et de la sécurité du Salvador au Représentant spécial de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies (2 octobre 1987) ; (traduction officielle)). De même, en 1987, M. M. J. Matheson, s'exprimant en sa qualité de conseiller juridique adjoint au Département d'Etat des Etats-Unis, déclarait :

"Les éléments fondamentaux du Protocole II se reflètent, bien sûr, dans l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et, par conséquent, ils sont, comme il se doit, partie du droit coutumier généralement accepté. Cela comprend spécifiquement ses interdictions de violences à l'encontre de personnes ne participant pas directement aux hostilités, de la prise d'otages, des traitements dégradants et de la répression sans garantie judiciaire" (*Humanitarian Law Conference, Remarks of Michael J. Matheson*, 2 American University Journal of International Law and Policy (1987) 419, p. 430-431).

118. L'existence actuelle de principes généraux régissant la conduite des hostilités (Les "Règles de La Haye") applicables aux conflits armés internationaux et internes est également confirmée par les manuels militaires nationaux. Ainsi, par exemple, le Manuel militaire allemand de 1992 prévoit que :

"Les membres de l'armée allemande, comme les Alliés, respectent les règles du droit international humanitaire dans la conduite des opérations militaires dans tous les conflits armés, quelle que soit la nature de ces conflits" (HUMANITÄRES VÖLKERRECHT IN BEWAFFNETEN KONFLIKTEN - HANDBUCH, août 1992, DSK AV207320065, par. 211 *in fine* ; traduction officielle)⁶.

119. Nous avons observé jusqu'à présent la formation des règles ou principes généraux visant à protéger les civils ou biens civils des hostilités ou, plus généralement, à protéger ceux qui ne participent pas ou ne participent plus directement aux hostilités. Nous examinons maintenant brièvement comment les règles et principes régissant les conflits internationaux se sont progressivement étendus aux conflits armés internes au plan des moyens et méthodes de guerre. Comme la Chambre d'appel l'a relevé plus haut (*voir* par. 110), un principe général est apparu limitant le droit des parties aux conflits "d'adopter des moyens susceptibles de produire des effets traumatisants sur l'ennemi". Cela est également vrai d'un principe plus général, posé dans la Déclaration dite de Turku sur les normes humanitaires minima adoptée en 1990 et révisée en 1994, à savoir l'article 5, paragraphe 3 selon lequel "les armes ou autres matériels ou méthodes interdites dans les conflits armés internationaux ne doivent être employés en aucune circonstance" (*Declaration of Minimum Humanitarian Standards, réimprimée dans Rapport de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités à sa quarante-sixième session*, Commission des droits de l'homme, 51e session, point 19 de l'ordre du jour provisoire, p. 4, Document des Nations Unies E/CN.4/1995/116, 1995). Il convient de noter que cette Déclaration, émanant d'un groupe d'experts réputés dans les domaines des droits de l'homme et du droit humanitaire, a été indirectement avalisée par la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe dans son Document de Budapest de 1994 (Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, Document de Budapest 1994 : Vers un véritable partenariat dans une ère nouvelle, par. 34, 1994) et en 1995 par la *Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités à sa quarante-sixième session*, Commission des droits de l'homme, 51e session, point 19 de l'ordre du jour, p. 1, Document des Nations Unies E/CN.4/1995/L.33, 1995).

De fait, des considérations élémentaires d'humanité et de bon sens rendent absurde le fait que les Etats puissent employer des armes prohibées dans des conflits armés internationaux quand ils essayent de réprimer une rébellion de leurs propres citoyens sur leur propre territoire. Ce qui est inhumain et, par conséquent, interdit dans les conflits internationaux, ne peut pas être considéré comme humain et admissible dans les conflits civils.

120. Ce concept fondamental est à l'origine de la formation progressive de règles générales relatives à des armes spécifiques, règles qui étendent aux conflits civils les prohibitions générales se rapportant aux conflits armés internationaux. A titre d'exemple, nous mentionnerons les armes chimiques. Récemment, un certain nombre d'Etats ont déclaré que l'utilisation des armes chimiques par les autorités centrales d'un Etat contre sa propre population est contraire au droit international. Le 7 septembre 1988, les douze (à l'époque) Etats membres de la Communauté européenne déclaraient :

"Les Douze sont extrêmement préoccupés par les rapports faisant état de l'utilisation présumée d'armes chimiques contre les Kurdes (par les autorités irakiennes). Ils confirment leurs positions antérieures, condamnant toute utilisation de ces armes. Ils demandent le respect du droit international humanitaire, y compris le Protocole de Genève de 1925, ainsi que des résolutions 612 et 620 du Conseil de sécurité des Nations Unies (concernant l'utilisation d'armes chimiques dans la guerre entre l'Irak et l'Iran)". (4 European Political Cooperation Documentation Bulletin, 1988, p. 92).

Cette déclaration a été réitérée par le représentant grec, au nom des Douze, en de nombreuses occasions (*voir* U.N. GAOR, Première Commission, 43e session, 4e séance, p. 47, Document des Nations Unies A/C.1/43/PV.4, 1988 ; déclaration du 18 octobre 1988 devant la Première Commission de l'Assemblée générale ; U.N. GAOR, Première Commission, 43e session, 31e séance, p. 23, Document des Nations Unies A/C.1/43/PV.31 ; déclaration du 9 novembre 1988 devant la Première Commission de l'Assemblée générale, disant notamment que "Les Douze (...) demandent le respect du Protocole de Genève de 1925 et autres règles pertinentes du droit international coutumier" ; U.N. GAOR, Première Commission, 43e session, 49e séance, p. 16, Document des Nations Unies A/C.3/43/SR.49 ; résumé de la déclaration du 22 novembre 1988 devant la Troisième Commission de l'Assemblée générale ; *voir également Rapport sur l'Union européenne (EPC Aspects)*, 4 European Political Cooperation Documentation Bulletin (1988), 325, p. 330 ; *Question no. 362/88 de M. Arbeloa Muru (S-E) relative à l'empoisonnement de membres de l'opposition en Irak*, 4 European Political Cooperation Documentation Bulletin (1988), 187 ; déclaration de la Présidence en réponse à une question d'un membre du Parlement européen).

121. Les autorités britanniques ont adopté une position ferme allant dans le même sens : en 1988, le Foreign Office a déclaré que l'utilisation par l'Irak d'armes chimiques contre la population civile de la ville de Halabja représentait "une violation sérieuse et grave du Protocole de Genève de 1925 et du droit international humanitaire. Le Royaume-Uni condamne sans réserves ladite utilisation d'armes chimiques et de toute autre utilisation d'armes de ce genre" (59 *British Yearbook of International Law* (1988) p. 579 ; *voir également* p. 579-580). Les autorités allemandes ont adopté une position semblable. Le 27 octobre 1988, le Parlement allemand a adopté une résolution par laquelle "il rejette résolument l'opinion que l'utilisation de gaz toxiques est autorisée sur le propre territoire d'un Etat et dans des conflits apparentés à une guerre civile parce que cette utilisation n'est pas expressément interdite par le Protocole de Genève de 1925"⁷ (50 *Zeitschrift Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht* (1990), p. 382-383 ; traduction officieuse). Par la suite, le Représentant de l'Allemagne à l'Assemblée générale a exprimé l'inquiétude de son pays "à propos des rapports faisant état de l'utilisation d'armes chimiques contre la population kurde" et a fait référence aux "violations du Protocole de Genève de 1925 et autres normes du droit international" (U.N. GAOR, Première Commission, 43e session, 31e séance, p. 16, Document des Nations Unies A/C.1/43/PV.31 (1988)).

122. Le gouvernement des Etats-Unis a également adopté une position claire sur la question. Dans un bulletin d'information générale destiné à éclairer la presse et publié par le Département d'Etat le 9 septembre 1988, il était déclaré que :

"Des questions ont été posées sur le point de savoir si l'interdiction de l'utilisation en temps de guerre (d'armes chimiques) figurant au Protocole de Genève s'applique à leur utilisation dans les conflits internes. Cependant, il est clair que cette utilisation contre la population civile serait contraire au droit international coutumier applicable aux conflits armés internes, ainsi qu'à d'autres accords internationaux" (Etats-Unis, Département d'Etat, Bulletin de presse, 9 septembre 1988).

Le 13 septembre 1988, le Secrétaire d'Etat George Shultz, à l'occasion d'une audience devant la Commission judiciaire du Sénat des Etats-Unis, a fermement condamné comme "totalement inacceptable" l'utilisation des armes chimiques par l'Irak (*Audience sur la consultation relative aux réfugiés avec une déposition du Secrétaire d'Etat George Shultz*, 100e congrès, 2e session, (13 septembre 1988)) (Déclaration du Secrétaire d'Etat Shultz). Le 13 octobre de la même année, l'Ambassadeur R. W. Murphy, Secrétaire d'Etat adjoint pour le Proche-Orient et l'Asie du Sud, devant la Sous-Commission sur l'Europe et le Moyen-Orient de la Commission des affaires étrangères de la Chambre des représentants, a qualifié cette utilisation d'"illégal" (*voir Bulletin du Département d'Etat*, décembre 1988, 41, p. 43-44).

123. Il est intéressant de noter que le gouvernement irakien aurait "rejeté sans ambiguïté les accusations d'utilisation de gaz toxiques" (New York Times, 16 septembre 1988, p. A 11). De surcroît, il a accepté de respecter les normes internationales pertinentes sur les armes chimiques. Dans la déclaration susmentionnée, l'Ambassadeur Murphy indiquait que :

"Le 17 septembre, l'Irak a réaffirmé son respect du droit international, y compris le Protocole de Genève de 1925 sur les armes chimiques ainsi que les autres règles du droit international humanitaire. Nous nous félicitons de cette déclaration que nous considérons comme une initiative

positive et demandons que l'Irak confirme qu'il entend ainsi renoncer à l'utilisation des armes chimiques sur son territoire aussi bien que contre ses ennemis extérieurs. Le 3 octobre, le ministre irakien des affaires étrangères l'a directement confirmé au Secrétaire d'Etat Shultz" (*id.*, p. 44).

Cette information avait déjà été communiquée le 20 septembre 1988 dans une conférence de presse par le porte-parole du Département d'Etat M. Redman (*voir* Conférence de presse quotidienne du Département d'Etat, 20 septembre 1988, compte rendu ID : 390807, p. 8). Il convient aussi de souligner qu'un certain nombre de pays (Turquie, Arabie Saoudite, Egypte, Jordanie, Bahrein, Koweït) ainsi que la Ligue arabe, dans une réunion des ministres des affaires étrangères à Tunis le 12 septembre 1988, ont vigoureusement exprimé leur désaccord avec les affirmations des Etats-Unis selon lesquelles l'Irak avait utilisé des armes chimiques contre ses citoyens kurdes. Cependant, ce désaccord ne se fondait pas sur la légalité de l'utilisation des armes chimiques ; ces pays ont plutôt accusé les Etats-Unis de "mener une campagne médiatique de dénigrement contre l'Irak" (*voir* New York Times, 15 septembre 1988, p. A 13 ; Washington Post, 20 septembre 1988, p. A 21).

124. Que l'Irak ait ou non utilisé réellement des armes chimiques contre ses propres citoyens kurdes - une question sur laquelle, à l'évidence la présente Chambre ne peut pas exprimer et n'exprime pas d'opinion - il est clair qu'un consensus général s'est progressivement dégagé dans la communauté internationale sur le principe que l'utilisation de ces armes est également interdite dans les conflits armés internes.

125. La pratique des Etats démontre que les principes généraux du droit international coutumier ont également évolué en ce qui concerne les conflits armés internes dans des domaines se rapportant aux méthodes de guerre. En plus des éléments susmentionnés concernant l'interdiction des attaques contre des civils sur le théâtre des hostilités, on peut relever l'interdiction de la perfidie. Ainsi, par exemple, dans une affaire portée devant les tribunaux nigériens, la Cour suprême du Nigéria a soutenu que les rebelles ne peuvent pas donner pour réel leur statut de civils tout en participant à des opérations militaires (*voir* Pius Nwaoga c/ l'Etat, 52 International Law Reports, 494, p. 496-497 (Nig.S.Ct. 1972)).

126. L'apparition des règles générales susmentionnées sur les conflits armés internes n'implique pas que tous les aspects de ces derniers soient réglementés par le droit international général. Deux limites particulières méritent d'être notées : i) seul un certain nombre de règles et de principes régissant les conflits armés internationaux ont progressivement été étendus aux conflits internes ; et ii) cette évolution n'a pas revêtu la forme d'une greffe complète et mécanique de ces règles aux conflits internes ; plutôt, l'essence générale de ces règles et non la réglementation détaillée qu'elles peuvent renfermer, est devenue applicable aux conflits internes (sur ces limites et d'autres du droit international humanitaire régissant les conflits internes, voir le message important du Conseil fédéral suisse aux Chambres suisses sur la ratification des deux Protocoles additionnels de 1977) (38 Annuaire Suisse de Droit International, 1982, p. 137, 145-149).

127. Nonobstant ces limites, il est indéniable que des règles coutumières sont apparues pour régir les conflits internes. Ces règles, spécifiquement identifiées dans l'examen qui précède, couvrent des domaines comme la protection des civils contre des hostilités, en particulier à l'encontre d'attaques commises sans motifs, la protection des biens civils, en particulier les biens culturels, la protection de tous ceux qui ne participent pas (ou ne participent plus) directement aux hostilités ainsi que l'interdiction d'armements prohibés dans les conflits armés internationaux et de certaines méthodes de conduite des hostilités.

iv) Responsabilité pénale individuelle dans les conflits armés internes

128. Même si le droit international coutumier comprend certains principes fondamentaux applicables aux conflits armés tant internes qu'internationaux, l'Appelant soutient que ces interdictions n'entraînent pas la responsabilité pénale individuelle quand les violations sont commises dans des conflits armés internes ; ces dispositions ne peuvent pas, par conséquent, relever de la compétence du Tribunal international. Il est vrai que, par exemple, l'article 3 commun aux Conventions de Genève ne renferme aucune référence explicite à la responsabilité pénale pour violation de ses dispositions. Confronté à des arguments semblables concernant les divers accords et conventions qui constituaient le fondement de sa compétence, le Tribunal militaire international de Nuremberg a conclu que l'absence de dispositions sur la répression des violations dans le traité en cause ne s'oppose pas à la constatation d'une responsabilité pénale individuelle (*voir* THE TRIAL OF MAJOR WAR CRIMINALS : PROCEEDINGS OF THE INTERNATIONAL MILITARY TRIBUNAL SITTING AT NUREMBERG GERMANY, Partie 22, p. 445, 467 (1950)). Le Tribunal de Nuremberg a examiné un certain nombre d'arguments pertinents pour conclure que les auteurs de violations particulières encourent une responsabilité individuelle : la reconnaissance claire et sans équivoque des règles de la guerre dans le droit international et la pratique des Etats indiquant une intention de criminaliser la violation, y compris les déclarations de responsables gouvernementaux et d'organisations internationales ainsi que la répression de violations par les juridictions nationales et les tribunaux militaires (*id.*, p. 445-47, 467). Quand ces conditions sont remplies, les individus doivent être tenus pénalement responsables parce que, comme concluait le Tribunal de Nuremberg :

"les crimes contre le droit international sont commis par des hommes et non par des entités abstraites et c'est seulement en punissant les hommes qui commettent ces crimes que les dispositions du droit international peuvent être respectées" (*id.*, p. 447).

129. Si l'on applique les critères précédents aux violations en cause dans la présente affaire, nous ne doutons pas qu'ils emportent la responsabilité pénale individuelle, qu'ils aient été commis dans des conflits armés internes ou internationaux. Les principes et règles du droit humanitaire reflètent "les considérations élémentaires d'humanité" largement reconnues comme le minimum obligatoire pour la conduite des conflits armés de toute sorte. Personne ne peut contester la gravité des actes en cause ni douter de l'intérêt de la communauté internationale à les interdire.

130. De plus, de nombreux éléments de la pratique internationale montrent que les Etats entendent criminaliser des violations graves des règles et principes coutumiers relatifs aux conflits internes. Comme il a été mentionné plus haut, durant la guerre civile nigérienne, des membres de l'Armée fédérale de même que des rebelles ont été traduits devant les tribunaux nigériens et jugés pour violations des principes du droit international humanitaire (*voir* par. 106 et 125).

131. Les violations de l'article 3 commun sont, clairement et indubitablement, considérées comme punissables par le Manuel militaire allemand (HUMANITÄRES VÖLKERRECHT IN BEWAFFNETEN KONFLIKTEN - Handbuch, août 1992, DSK AV2073200065, par. 1209) (traduction officieuse) qui compte parmi les "violations graves du droit international humanitaire", les "crimes" contre les personnes protégées par l'article 3 commun, comme les "homicides, mutilations, tortures ou traitements inhumains y compris les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances, de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la prise d'otages", ainsi que "le fait de priver une personne de son droit d'être jugée régulièrement et impartialement"⁸. (il est intéressant de remarquer que, dans une édition antérieure, le Manuel militaire allemand ne comprenait pas ces dispositions ; voir KRIEGSVÖLKERRECHT - ALLGEMEINE BESTIMMUNGEN DES KRIEGFÜHRUNGSRECHTS UND LANDKRIEGSRECHT, SDv 15-10, mars 1961, par. 12 ; KRIEGSVÖLKERRECHT - ALLGEMEINE BESTIMMUNGEN DES HUMANITÄTSRECHT, ZDv 15/5, août 1959, par. 15-16, 30-32). De surcroît, la "Loi transitoire du Manuel relatif aux conflits armés" de Nouvelle-Zélande de 1992, prévoit que "si la non-application (c'est-à-dire les violations de l'article 3 commun) semblent rendre les responsables passibles de poursuites pour 'crimes de guerre', les procès devraient être

tenus dans le cadre du droit pénal national puisqu'aucune 'guerre' n'existerait" (New Zealand Defence Force Directorate of Legal Services, DM (1992), page 112, INTERIM LAW OF ARMED CONFLICT MANUAL, par. 1807, 8). Les dispositions pertinentes du manuel des Etats - Unis (Department of the Army, THE LAW OF LAND WARFARE, DEPARTMENT OF THE ARMY FIELD MANUAL, FM 27-10 (1956), par. 11 et 499) peuvent également se prêter à l'interprétation selon laquelle les "crimes de guerre", c'est-à-dire "toute violation du droit de la guerre", comprennent les violations de l'article 3 commun. On peut interpréter de la même façon le Manuel britannique de 1958 (War Office, THE LAW OF WAR ON LAND, BEING PART III OF THE MANUAL OF MILITARY LAW (1958), par. 626).

132. On doit également attirer l'attention sur les législations nationales d'application des Conventions de Genève dont certaines vont jusqu'à permettre aux juridictions nationales de juger les personnes responsables de violations des règles concernant les conflits armés internes. C'est le cas du Code pénal de la République socialiste fédérative de Yougoslavie de 1990, modifié en vue de rendre les Conventions de Genève de 1949 applicables à l'échelon pénal national. L'article 142 (sur les crimes de guerre commis contre la population civile) et l'article 143 (sur les crimes de guerre perpétrés contre les blessés et les malades) s'appliquent expressément "en temps de guerre, de conflit armé ou d'occupation"; cela semble impliquer qu'ils s'appliquent également aux conflits armés internes (République socialiste fédérative de Yougoslavie, Code pénal fédéral, art. 142-143 (1990)) (il convient de noter que par décret-loi en date du 11 avril 1992, la République de Bosnie-Herzégovine a adopté ce Code pénal, sous réserve de certains amendements) (2 Journal officiel de la République de Bosnie-Herzégovine 98, 11 avril 1992; traduction officielle). De plus, le 26 décembre 1978, le Parlement yougoslave a adopté une loi en vue d'appliquer les deux Protocoles additionnels de 1977 (République socialiste fédérative de Yougoslavie, Loi de ratification des Protocoles de Genève, Medunarodni Ugovori, p. 1308, 26 décembre 1978). En conséquence, en vertu de l'article 210 de la Constitution yougoslave, ces deux Protocoles sont "directement applicables" par les tribunaux de Yougoslavie (Constitution de la République socialiste fédérative de Yougoslavie, art. 210). Sans aucune ambiguïté, une loi belge promulguée le 16 juin 1993 pour l'application des Conventions de Genève de 1949 et les deux Protocoles additionnels prévoit que les tribunaux belges sont habilités à statuer sur les violations du Protocole additionnel II aux Conventions de Genève relatif aux victimes de conflits armés non-internationaux. L'article premier de cette loi prévoit qu'une série d'"infractions graves" aux quatre Conventions de Genève et aux deux Protocoles additionnels, figurant au même article premier, "constituent des crimes de droit international" relevant de la compétence des tribunaux pénaux belges (art. 7) (*Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions*, Moniteur Belge, 5 août 1993).

133. Certaines résolutions adoptées à l'unanimité par le Conseil de sécurité présentent un intérêt particulier pour la formation de l'*opinio juris* relative au fait que les violations du droit international humanitaire général régissant les conflits armés emportent la responsabilité pénale de leurs auteurs ou de ceux qui ordonnent ces violations. Ainsi, par exemple, dans deux résolutions sur la Somalie où se déroulait une guerre civile, le Conseil de sécurité a condamné à l'unanimité des violations du droit humanitaire et déclaré que leurs auteurs ou les personnes qui les avaient ordonnées seraient tenus "individuellement responsables" de leur commission (*voir* C.S. Res. 794, 3 décembre 1992; C.S. Res. 814, 26 mars 1993).

134. Tous ces facteurs confirment que le droit international coutumier impose une responsabilité pénale pour les violations graves de l'article 3 commun, complété par d'autres principes et règles générales sur la protection des victimes des conflits armés internes, et pour les atteintes à certains principes et règles fondamentales relatives aux moyens et méthodes de combat dans les conflits civils.

135. Il convient d'ajouter que, dans la mesure où elle s'applique aux crimes commis dans l'ex-Yougoslavie, l'idée que les violations graves du droit international humanitaire régissant les conflits armés internes emportent la responsabilité pénale individuelle est aussi pleinement justifiée du point de vue de la justice au fond et de l'équité. Comme nous l'avons déjà relevé (par. 132) ces violations étaient punissables aux termes du Code pénal de la République socialiste fédérative de Yougoslavie et de la loi portant exécution des deux Protocoles additionnels de 1977. Les mêmes violations ont été rendues punissables dans la République de Bosnie-Herzégovine en vertu du décret-loi du 11 avril 1992. Les citoyens de l'ex-Yougoslavie ainsi qu'à présent, ceux de Bosnie-Herzégovine étaient par conséquent conscients qu'ils étaient passibles de poursuites devant leurs juridictions pénales nationales en cas de violation du droit international humanitaire, ou auraient dû l'être.

136. Il convient aussi de relever que les Parties à certains des accords relatifs au conflit qui se déroule en Bosnie-Herzégovine, conclus sous les auspices du CICR, se sont clairement engagées à punir les responsables de violations du droit international humanitaire. Ainsi, l'article 5 par. 2 de l'Accord susmentionné du 22 mai 1992 prévoit que :

"Chaque partie s'engage, quand elle est informée, en particulier par le CICR, de toute allégation de violations du droit international humanitaire, à ouvrir rapidement une enquête et à la poursuivre diligemment ainsi qu'à prendre les mesures nécessaires pour mettre fin aux violations présumées ou à éviter leur réapparition et à punir leurs auteurs conformément à la législation en vigueur" (Accord no. 1, art. 5, par. 2 (accentuation ajoutée)).

De surcroît, l'Accord du 1er octobre 1992 prévoit à l'article 3, paragraphe 1, que :

"Tous les prisonniers qui ne sont pas accusés de violations graves du droit international humanitaire ou condamnés pour de telles violations telles que définies aux articles 50, 51, 130 et 147 des Conventions de Genève I, II, III et IV respectivement, ainsi qu'à l'article 85 du Protocole additionnel I, seront unilatéralement et inconditionnellement libérés" (Accord no. 2, 1er octobre 1992, art. 3, par. 1).

Cette disposition, qui est complétée par l'article 4, paragraphes 1 et 2 de l'Accord, implique que les auteurs de violations des dispositions de Genève visées dans ledit article doivent être traduits en justice. Les deux Accords mentionnés aux paragraphes précédents visent clairement à s'appliquer dans le contexte d'un conflit armé interne et, de ce fait, il est justifié de conclure que les parties belligérantes en Bosnie-Herzégovine avaient clairement convenu à l'échelon du droit conventionnel de rendre punissables les violations du droit international humanitaire perpétrées dans le cadre de ce conflit.

v) Conclusion

137. Etant donné l'intention du Conseil de sécurité et l'interprétation logique et systématique de l'article 3 ainsi que du droit international coutumier, la Chambre d'appel conclut qu'aux termes de l'article 3, le Tribunal international est compétent pour connaître des infractions présumées figurant dans l'acte d'accusation, qu'elles aient été commises dans un conflit armé interne ou international. En conséquence, dans la mesure où la contestation par l'Appelant de la compétence en vertu de l'article 3 est fondée sur le caractère du conflit concerné, l'exception doit être rejetée.

c) Article 5

138. L'article 5 du Statut habilite le Tribunal international à statuer sur les crimes contre l'humanité. Plus spécifiquement, ledit article prévoit que :

"Le Tribunal international est habilité à juger les personnes présumées responsables des crimes suivants lorsqu'ils ont été commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne, et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit :

- a) assassinat ;
- b) extermination ;
- c) réduction en esclavage ;
- d) expulsion ;
- e) emprisonnement ;
- f) torture ;
- g) viol ;
- h) persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses ;
- i) autres actes inhumains".

Comme l'a noté le Secrétaire général dans son Rapport sur le Statut, les crimes contre l'humanité ont été les premiers reconnus dans les procès des criminels de guerre après la Seconde guerre mondiale (Rapport du Secrétaire général, par. 47). Ces crimes étaient définis à l'article 6, par. 2 c) de la Charte de Nuremberg et réaffirmés ultérieurement dans la résolution de l'Assemblée générale en 1948 énonçant les principes de Nuremberg.

139. Devant la Chambre de première instance, le Conseil de la Défense a souligné que ces deux formulations du crime le limitait aux actes commis "en exécution ou en liaison avec tout crime contre la paix ou tout crime de guerre". Il a soutenu que cette limite persiste en droit international contemporain et signifie que les crimes contre l'humanité doivent être commis dans le cadre d'un conflit armé international (qui, avançait-il, faisait défaut dans la présente affaire). Selon le Conseil de la Défense, la compétence aux termes de l'article 5 concernant les crimes contre l'humanité "commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne" constitue un texte juridique *ex post facto* violant le principe *nullum crimen sine lege*. Bien que l'Appelant ait abandonné cet argument devant la Cour d'appel (voir procès-verbal d'audience d'appel, 8 septembre 1995, p. 45), l'importance de la question incite la présente Chambre à commenter brièvement sur la portée de l'article 5.

140. Comme le Procureur l'a observé devant la Chambre de première instance, le lien entre les crimes contre l'humanité et les crimes contre la paix ou les crimes de guerre, requis par la Charte de Nuremberg, intéressait spécifiquement la compétence du Tribunal de Nuremberg. Bien que la condition d'un lien figurant dans ladite Charte ait été transposée dans la résolution de l'Assemblée générale en 1948 affirmant les principes de Nuremberg, cette condition n'a aucun fondement logique ou juridique et elle a été abandonnée dans la pratique ultérieure des Etats concernant les crimes contre l'humanité. Plus particulièrement, la condition d'un lien a été éliminée de la définition des crimes contre l'humanité figurant à l'article II 1) c) de la loi no. 10 du Conseil de Contrôle du 20 décembre 1945 (Conseil de Contrôle pour l'Allemagne, Gazette Officielle, 31 janvier 1946, p. 50). Le caractère obsolète de l'exigence d'un lien ressort à l'évidence des Conventions internationales relatives au génocide et à l'apartheid, qui interdisent toutes les deux des types particuliers de crimes contre l'humanité abstraction faite de la relation avec un conflit armé (Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, 9 décembre 1948, art. premier, 78 U.N.T.S. 277 (prévoyant que le génocide "qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre, est un crime du droit des gens") ; Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, 30 novembre 1973, 1015 U.N.T.S. 243, art. 1-2).

141. L'absence de lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit armé international est maintenant une règle établie du droit international coutumier. En fait, comme le relève le Procureur, il se peut que le droit international coutumier n'exige pas du tout de lien entre les crimes contre l'humanité et un conflit quel qu'il soit. Ainsi, en exigeant que les crimes contre l'humanité soient commis dans un conflit armé interne ou international, le Conseil de sécurité a peut-être défini le crime à l'article 5 de façon plus étroite que nécessaire aux termes du droit international coutumier. Il est indéniable, cependant, que la définition des crimes contre l'humanité adoptée par le Conseil de sécurité à l'article 5 s'accorde avec le principe *nullum crimen sine lege*.

142. Nous concluons, par conséquent, que l'article 5 peut être invoqué comme fondement de la compétence en matière de crimes commis dans des conflits armés internes ou internationaux. En outre, pour les raisons susmentionnées en section IV A (par. 66-70), nous concluons qu'il existait un conflit armé dans la présente affaire. Par conséquent, l'exception préjudicielle d'incompétence du Tribunal international soulevée par l'Appelant doit être rejetée.

C. Le Tribunal international peut-il aussi appliquer des accords internationaux

liant les Parties au conflit

143. Devant la Chambre de première instance et la Chambre d'appel, la Défense et l'Accusation ont discuté de l'application de certains accords conclus par les parties belligérantes. Il est, par conséquent, naturel que la présente Chambre se prononce sur ce point. Il convient de souligner à nouveau que la seule raison de l'intention déclarée des auteurs que le Tribunal international applique le droit international coutumier était d'éviter d'enfreindre le principe *nullum crimen sine lege* au cas où une partie au conflit n'adhérait pas à un traité spécifique (Rapport du Secrétaire général, par. 34). Il s'ensuit que le Tribunal international est autorisé à appliquer, outre le droit international coutumier, tout traité qui : i) lie incontestablement les Parties à la date de la commission du crime ; et ii) ne s'oppose pas ou ne déroge pas aux normes impératives du droit international, comme dans le cas de la plupart des règles coutumières du droit international humanitaire. La présente analyse de la compétence du Tribunal international est confirmée par les déclarations faites au Conseil de sécurité lors de l'adoption du Statut. Comme il a été mentionné plus haut (par. 75 et 88), les représentants des Etats-Unis, du Royaume-Uni et de la France ont tous convenu que l'article 3 du Statut n'exclut pas l'application d'accords internationaux liant les Parties (Compte rendu verbatim provisoire de la 3217e réunion, p. 11, 15, 19, Document des Nations Unies S/PVB.3217, 25 mai 1993).

144. Nous concluons qu'en général, ces accords relèvent de notre compétence aux termes de l'article 3 du Statut. Comme le défendeur dans la présente affaire n'a pas été accusé de violations d'un accord spécifique, il est inutile de déterminer si un accord particulier habilite le Tribunal international à juger les crimes présumés.

145. Pour les raisons susmentionnées, il convient de rejeter le troisième moyen d'appel fondé sur l'incompétence *ratione materiae*.

V. DISPOSITIF

146. PAR CES MOTIFS,

VU l'article 25 du Statut et les articles 72, 116 *bis* et 117 du Règlement de procédure et de preuve,

la Chambre d'appel

1) Par quatre voix contre une,

Décide que le Tribunal international est habilité à statuer sur l'exception contestant la légalité de sa création ;

POUR : M. le Président Cassese, MM. les Juges Deschênes, Abi-Saab et Sidhwa

CONTRE : M. le Juge Li.

2) A l'unanimité,

Rejette l'exception susmentionnée.

3) A l'unanimité,

Rejette la contestation de la primauté du Tribunal international sur les juridictions nationales ;

4) Par quatre voix contre une,

Déclare que le Tribunal international est compétent *ratione materiae* en la présente affaire ;

POUR : M. le Président Cassese, MM. les Juges Li, Deschênes et Abi-Saab

CONTRE : M. le Juge Sidhwa ;

EN CONSÉQUENCE,

RÉFORME LA DÉCISION DE LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE DU 10 AOÛT 1995 ;

CONFIRME LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL INTERNATIONAL ;

REJETTE L'APPEL.

Fait en français, le présent texte faisant foi.

(Signé)
Antonio
Cassese

Président

Les Juges Li, Abi-Saab et Sidhwa joignent des opinions séparées à l'arrêt de la Chambre d'appel.

Le Juge Deschênes joint une déclaration.

(Initiales)
A. C.

Fait le deux octobre 1995,

à La Haye, Pays-Bas

[Sceau
du

1 "Trattasi di norme (concernenti i reati contro le leggi e gli usi della guerra) che, per il loro contenuto altamente etico e umanitario, hanno carattere non territoriale, ma universale...

Dalla solidarietà delle varie nazioni, intesa a lenire nel miglior modo possibile gli orrori della guerra, scaturisce la necessità di dettare disposizioni che non conoscano barriere, colpendo chi delinque, dovunque esso si trovi...

... (I) reati contro le leggi e gli usi della guerra non possono essere considerati delitti politici, poichè non offendono un interesse politico di uno Stato determinato ovvero un diritto politico di un suo cittadino. Essi invece sono reati di lesa umanità, e, come si è precedentemente dimostrato, le norme relative hanno carattere universale, e non semplicemente territoriale. Tali reati sono, di conseguenza, per il loro oggetto giuridico e per la loro particolare natura, proprio di specie opposta e diversa da quella dei delitti politici. Questi, di norma, interessano solo lo Stato a danno del quale sono stati commessi, quelli invece interessano tutti gli Stati civili, e vanno combattuti e repressi, come sono combattuti e repressi il reato di pirateria, la tratta delle donne e dei minori, la riduzione in schiavitù, dovunque siano stati commessi" (art. 537 e 604 c.p.).

2 "El FMLN procura que sus métodos de lucha cumplan con lo estipulado por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y su Protocolo II Adicional, tomen en consideración las necesidades de la mayoría de la población y estén orientados a defender sus libertades fundamentales".

3 Le vote recensé sur la résolution était de 111 voix pour et de zéro contre. Après l'enregistrement du vote, le Gabon a cependant indiqué qu'il avait l'intention de voter contre la résolution (U.N. GAOR, 23e session, 1748e séance, p. 7-12, Document des Nations Unies A/PV.1748 (1968)).

4 Le vote recensé sur la résolution était de 109 voix pour et de zéro contre avec 8 abstentions (U.N. GAOR, 1922e séance, p. 12, Document des Nations Unies A/PV.1922 (1970)).

5 "Dentro de esta línea de conducta, su mayor preocupación (de la Fuerza Armada) ha sido el mantenerse apegada estrictamente al cumplimiento de las disposiciones contenidas en los Convenios de Ginebra y el Protocolo II de dichos Convenios, ya que aún no siendo el mismo aplicable a la situación que confronta actualmente el país, el Gobierno de El Salvador acata y cumple las disposiciones contenidas en dicho instrumento, por considerar que ellas constituyen el desarrollo y la complementación del Artículo 3, común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, que a su vez representa la protección mínima que se debe al ser humano en cualquier tiempo y lugar".

6 "Ebenso wie ihre Verbündeten beachten Soldaten der Bundeswehr die Regeln des humanitären Völkerrechts bei militärischen Operationen in allen bewaffneten Konflikten, gleichgültig welcher Art."

7 "... Der Deutsche Bundestag befürchtet, dass Berichte zutreffend sein könnten, dass die irakischen Streitkräfte auf dem Territorium des Iraks nunmehr im Kampf mit Kurdischen Aufständischen Giftgas eingesetzt haben. Er weist mit Entschiedenheit die Auffassung zurück, dass der Einsatz von Giftgas im Innern und bei bürgerkriegsähnlichen Auseinandersetzungen zulässig sei, weil er durch das Genfer Protokoll von 1925 nicht ausdrücklich verboten werde..."

8 "... 1209. Schwere Verletzungen des humanitären Völkerrechts sind insbesondere ;

- Straftaten gegen geschützte Personen (Verwundete, Kranke, Sanitätspersonal, Militärgeistliche, Kriegsgefangene, Bewohner besetzter Gebiete, andere Zivilpersonen), wie vorsätzliche Tötung, Verstümmelung, Folterung oder unmenschliche Behandlung einschliesslich biologischer Versuche, vorsätzliche Verursachung grosser Leiden, schwere Beeinträchtigung der körperlichen Integrität oder Gesundheit, Geiselnahme (1 3, 49-51 ; 2 3, 50, 51 ; 3 3, 129, 130 ; 4 3, 146, 147 ; 5 11 Abs. 2, 85 Abs. 3 Buchst. a)

(...)

- Verhinderung eines unparteiischen ordentlichen Gerichtsverfahrens (1 3 Abs. 3 Buchst. d ; 3 3 Abs. 1d ; 5 85 Abs. 4 Buschst. e)."