



Tribunal international chargé de  
poursuivre les personnes présumées  
responsables de violations du droit  
humanitaire commises sur le territoire  
de l'ex-Yougoslavie depuis 1991

AFFAIRE n° IT-94-1-T

DATE: le 10 août 1995

ORIGINAL: ANGLAIS  
Français

---

**LA CHAMBRE DE PREMIÈRE INSTANCE**

**Composée comme suit:** Juge McDonald, Présidente  
Juge Stephen  
Juge Vohrah

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

**Décision du:** 10 août 1995

**LE PROCUREUR**

*c/*

**DUŠKO TADIĆ alias "DULE"**

---

**DÉCISION RELATIVE À L'EXCEPTION PRÉJUDICIELLE  
D'INCOMPÉTENCE SOULEVÉE PAR LA DÉFENSE**

---

**Le Bureau du Procureur:**

**M. Grant Niemann  
M. Alan Tieger  
M. Michael Keegan**

**Mme Brenda Hollis  
M. William Fenrick**

**Le Conseil de l'Accusé:**

**M. Michael Wladimiroff  
M. Milan Vujin  
M. Krstan Simić**

## DECISION

Le 23 juin 1995, la Défense a soulevé une exception préjudicielle, conformément à l'article 73 A) i) du Règlement de procédure et de preuve ("le Règlement") qui prévoit une exception d'incompétence, demandant le rejet de toutes les accusations portées contre l'accusé. L'exception préjudicielle de la Défense conteste que le 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") soit habilité à juger l'accusé et ce sous trois titres : la création présumée illégale du Tribunal international; l'attribution illégale de la primauté de compétence au Tribunal international; et la contestation de la compétence d'attribution du Tribunal international. Le Procureur soutient qu'aucun de ces points n'est valable et que le Tribunal international est compétent pour juger l'accusé sous les divers chefs d'accusation. Le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique a présenté un mémoire en qualité d'*amicus curiae*.

Les parties ont présenté leurs arguments sur cette exception préjudicielle les 25 et 26 juillet 1995 et le jugement a été mis en délibéré pour être rendu ce jour.

**LA CHAMBRE DE PREMIERE INSTANCE, AYANT EXAMINE** les conclusions écrites et les arguments oraux des parties ainsi que la conclusion écrite de l'*amicus curiae*,

**REND SA DECISION PAR LA PRESENTE.**

## MOTIFS DE LA DECISION

### I. La création du Tribunal international

#### A. Légitimité de la création

1. La contestation de la compétence du Tribunal international dans la présente affaire est fondée sur un certain nombre d'arguments dont certains peuvent être regroupés sous un titre général : l'action du Conseil de sécurité en créant le Tribunal international et en adoptant le Statut dans le cadre duquel ce dernier opère échappe à la compétence dudit Conseil; par conséquent, le Tribunal international est illégalement établi et ne peut pas juger l'accusé.

2. Il est avancé que, pour être légalement constitué, le Tribunal international aurait du 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.

3. L'idée selon laquelle la présente Chambre de première instance est dotée de la capacité lui permettant d'examiner et de statuer sur la légalité des actes du Conseil de sécurité portant création du Tribunal international est, bien sûr, fondamentale pour ces conclusions. La Défense soutient qu'elle agit ainsi dans l'intention de contester la compétence du Tribunal international.

4. 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, appelant un examen des pouvoirs du Conseil de sécurité et de la façon dont il les exerce et peut-être également du caractère judiciaire de sa réponse à la situation dans l'ex-Yougoslavie.

5. La Chambre de première instance a entendu les conclusions de la Défense concernant le réexamen judiciaire des actions du Conseil de sécurité. Cependant, 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.

6. Le droit pénal tire son efficacité, en partie, du fait qu'il reflète un consensus sur le comportement escompté des êtres humains. Mais il est tout aussi important qu'un organe qui statue sur la criminalité de ce comportement soit considéré comme légitime. C'est la première fois que la communauté internationale crée un tribunal doté d'une compétence pénale. La création du Tribunal international a maintenant été à l'origine de la création d'un Tribunal ad hoc pour le Rwanda. Chacun de ces tribunaux ad hoc représente un pas important vers la création d'un tribunal pénal international permanent. Dans ce contexte, la Chambre de première instance considère qu'il serait inapproprié d'écarter sans commentaire les arguments de l'accusé, à savoir que la création du Tribunal international par le Conseil de sécurité échappe au pouvoir de ce dernier et constitue une action politique injustifiée, ne visant pas raisonnablement au rétablissement de l'ordre et au maintien de la paix et que la création dudit Tribunal international est illégale.

7. Tout examen de cette question doit commencer avec la Charte des Nations Unies. L'article 24 1) stipule que les Membres des Nations Unies :

(...) confèrent au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales et reconnaissent qu'en s'acquittant des devoirs que lui impose cette responsabilité le Conseil de sécurité agit en leur nom.

Les pouvoirs du Conseil de sécurité pour s'acquitter de sa responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales sont définis aux Chapitres VI, VII, VIII et XII de la Charte. Le Tribunal international a été établi au titre du Chapitre VII. Le Conseil de sécurité a une grande latitude pour exercer sa compétence au titre du Chapitre VII et les limites à l'exercice de ce pouvoir sont peu nombreuses. Ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires :

Une large liberté de jugement est laissée en ce qui concerne le moment qu'il (le Conseil de sécurité) peut choisir pour intervenir et les moyens à appliquer, avec pour seule réserve qu'il doit agir conformément aux buts et principes des (Nations Unies).

(Voir Déclaration du Rapporteur du Committee III/3. Doc. 134, III/3/3, 11 U.N.C.I.O. Doc. 785 (1945)).

L'importante latitude conférée au Conseil de sécurité dans l'exercice de ses pouvoirs au titre du Chapitre VII suggère que les décisions adoptées sous ce titre ne peuvent faire l'objet d'un réexamen.

8. Pour la Défense, un des droits de l'homme fondamentaux d'un accusé est que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial légalement créé. La Défense soutient que ce droit est protégé par une panoplie de principes de justice fondamentale sanctionnés par la législation sur les droits de l'homme. Il est indéniable que le Tribunal international doit chercher à assurer un tel procès; de fait, en promulguant son Statut, le Conseil de sécurité a pris soin de le garantir et les juges du Tribunal international, en rédigeant son Règlement, ont également prêté une attention scrupuleuse aux conditions d'un procès équitable. Par exemple, l'article 21 du Statut du Tribunal international garantit à l'accusé le droit à un procès équitable et l'article 20 fait obligation aux Chambres de première instance de s'assurer que les procès sont bien, en fait, équitables. Plusieurs autres dispositions visent le même objectif. Toutefois, 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.

9. La Défense cherche à étendre la compétence du Tribunal international à l'examen des actions du Conseil de sécurité par référence au Règlement dudit Tribunal. Elle se réfère tout d'abord à l'article 73 A) i) qui prévoit que des exceptions préjudicielles soulevées par l'accusé peuvent comprendre "l'objection d'incompétence". Cet article se rapporte à l'exception d'incompétence et n'offre aucune base pour étudier, non pas la compétence, mais la légalité de l'action du Conseil de sécurité en créant le Tribunal international. La Défense mentionne également l'article 91, Faux témoignage sous déclaration solennelle, comme exemple de l'exercice par le Tribunal international de pouvoirs qui ne sont pas explicitement prévus dans son Statut. Il n'est, cependant, pas possible d'établir une analogie entre l'autorité intrinsèque d'une Chambre de contrôler sa propre procédure et tout pouvoir suggéré de réexaminer l'autorité du Conseil de sécurité. Par conséquent, même s'il est concevable que le Règlement adopté par les juges puisse étendre la compétence du Tribunal international, les articles visés par la Défense ne viennent pas étayer l'existence d'un tel élargissement.

10. La Défense s'appuie, ou au moins se réfère, aux décisions de la Cour internationale de justice (la "Cour") dans trois affaires : Certaines dépenses des Nations Unies, 1962, CIJ 151, 168 (Avis consultatif du 20 juillet 1962) (l'"Avis consultatif sur les dépenses"); 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, 1971, CIJ, 16, 45 (Avis consultatif du 21 juin) (l'"Avis consultatif sur la Namibie"); et Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libienne c. Etats-Unis d'Amérique), 1992, CIJ 114, 176 (mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992) (la "Décision Lockerbie"). Dans la première de ces affaires, l'Avis consultatif sur les dépenses, la Cour a indiqué spécifiquement que, à la

différence du système juridique de certains Etats, il n'existe pas de procédure pour déterminer la validité des actes des organes des Nations Unies. Elle fait référence aux propositions avancées à l'époque de la rédaction de la Charte visant à conférer ce pouvoir à la Cour et au rejet de ces propositions.

11. Dans la deuxième de ces affaires, l'Avis consultatif sur la Namibie, la Cour a traité très spécifiquement de cette question, déclarant que : "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".

12. Enfin, dans la décision Lockerbie, dans son opinion dissidente mais qui, à cet égard, ne s'écartait pas des autres Membres de la Cour, le juge Weeramantry déclarait qu'"il n'appartient pas à cette Cour de réformer une résolution du Conseil de sécurité" et que, s'agissant de l'exercice par le Conseil de sécurité de ses pouvoirs au titre du Chapitre VII :

lorsqu'il s'agit de constater l'existence d'une menace contre la paix ... le Conseil jouit d'une totale liberté d'appréciation. Il semble que ce soit le Conseil, et lui seul, qui soit juge de l'existence d'un état de choses qui entraîne la mise en application du Chapitre VII. ... Une fois que le Conseil s'est prononcé sur ce point, la porte est ouverte aux diverses décisions qu'il s'agit de prendre en vertu de ce Chapitre.

13. Clairement, ces opinions de la Cour ne fournissent aucune base pour un réexamen des actions du Conseil de sécurité par le Tribunal international et elles constituent, en fait, des arguments en faveur de la conclusion opposée.

14. A l'appui de sa conclusion selon laquelle la présente Chambre de première instance devrait réexaminer les actions du Conseil de sécurité, la Défense soutient que les décisions dudit Conseil ne sont pas "sacrosaintes". Les commentateurs ont indéniablement suggéré qu'il existe des limites au pouvoir du Conseil de sécurité. Il a été avancé que ces limites peuvent s'appuyer sur l'article 24 2) qui prévoit que 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.

Selon un commentateur, cette disposition signifie que le Conseil de sécurité "ne peut pas, en principe, agir arbitrairement et sans entraves". (D.W. Bowett, *The Law of International Institutions* 33 (1982)). Selon un autre commentateur, bien que le Conseil de sécurité soit doté d'un large pouvoir discrétionnaire dans le domaine de la paix et de la sécurité internationales, il ne peut pas "agir arbitrairement ou utiliser l'existence d'une menace contre la paix comme base d'une action qui ... vise des objectifs parallèles et indépendants, comme le renversement d'un gouvernement ou la partition d'un Etat". (Ian Brownlie, *The Decisions of Political Organs of the United Nations and the Rule of Law*, in *Essays in Honour of Wang Tieya*, 95 (1992)).

15. L'opinion selon laquelle le Conseil de sécurité ne peut pas agir arbitrairement ou pour un motif ultérieur s'appuie sur le caractère de la Charte en tant que Traité déléguant certains pouvoirs aux Nations Unies. En fait, cette limite est presque un corollaire du principe selon lequel les organes des Nations Unies doivent agir conformément aux pouvoirs qui leur sont délégués. Il est axiomatique que si le Conseil de sécurité agissait arbitrairement ou pour un motif ultérieur, il agirait en-dehors du champ des pouvoirs qui lui sont conférés par la Charte.

16. Bien qu'il n'appartienne pas à la Chambre de première instance de juger du caractère raisonnable des actes du Conseil de sécurité, il est incontestable que, s'agissant de l'ex-Yougoslavie, ledit Conseil n'a pas agi arbitrairement. Au contraire, la création du Tribunal international par ledit Conseil représente son jugement informé, après amples délibérations, que des violations du droit international humanitaire se déroulaient dans l'ex-Yougoslavie et que ces violations constituaient une menace pour la paix. Un Commentateur a noté l'"approche attentive, progressive" de la situation dans l'ex-Yougoslavie par le Conseil de sécurité et décrit la création du Tribunal international comme un long processus en quatre étapes comprenant : 1) condamnation; 2) publication; 3) enquête; et 4) sanction". (James C. O'Brien, *The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia*, 87 Am. J. Int'l L. 639, 640-642 (1993). Premièrement, dans sa résolution 764 adoptée le 13 juillet 1992, le Conseil de sécurité a souligné que "les personnes qui commettent ou ordonnent la commission d'infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 sont personnellement responsables de ces infractions". Deuxièmement, le Conseil de sécurité a publié cette condamnation en adoptant, le 12 août 1992, la résolution 771, qui demande aux Etats et autres organes de soumettre des "renseignements corroborés" au Secrétaire général, qui fera rapport au Conseil de sécurité "recommandant les mesures additionnelles qui pourraient se révéler appropriées". Troisièmement, par sa résolution 780 du 6 octobre 1992, le Conseil de sécurité a établi la Commission d'experts pour enquêter sur ces violations du droit international humanitaire. Le Conseil de Sécurité a, en temps opportun, reçu le rapport de la Commission d'experts, qui concluait que des infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 et autres violations du droit international humanitaire avaient été commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, y compris homicides intentionnels, "nettoyage ethnique", meurtres massifs, tortures, viols, pillage et destruction de biens civils, destruction de biens culturels et religieux et arrestations arbitraires. (Voir Rapport provisoire de la Commission d'Experts, Document des Nations Unies S/25274 (26 janvier 1993)). Enfin, le 22 février 1993, par la résolution 808, le Conseil de sécurité a décidé qu'un Tribunal international devait être établi et a donné pour instructions au Secrétaire général de présenter des propositions spécifiques visant à donner effet à cette décision. Le 25 mai 1993, par la résolution 827, le Conseil de sécurité a adopté le projet de Statut et créé, ce faisant, le Tribunal international.

17. Aucun des cas hypothétiques que les commentateurs ont suggéré comme exemples des limites des pouvoirs du Conseil de sécurité, qu'elles soient imposées par la Charte ou par les principes généraux du droit international, en particulier le principe *jus cogens*, n'offrent un intérêt pour la présente affaire. De surcroît, même si ces limites existent, cela ne signifie pas pour autant que tout organe judiciaire, moins encore le Tribunal international, peut exercer un réexamen judiciaire pour déterminer si ces limites ont été excédées par le Conseil de sécurité dans l'exercice des pouvoirs au titre du Chapitre VII.

18. On peut ajouter que, dans la présente affaire, toute conclusion soutenant le contraire devient particulièrement peu attirante quand, dans les circonstances notoires de l'ex-Yougoslavie, le Conseil de sécurité n'a rien fait de plus que de prendre une mesure "visant à atténuer une menace contre la paix et la sécurité internationales en prévoyant la poursuite de personnes qui contreviennent au droit international établi ... situation dont le redressement se prête mieux à des moyens judiciaires". (O'Brien, supra, page 643).

19. En l'occurrence, il n'est pas sans intérêt que l'action entreprise par le Conseil de sécurité au titre de l'article VII est la création d'un tribunal dont la compétence est expressément limitée à la poursuite de violations du droit international humanitaire qui relèvent, indéniablement, du droit coutumier et non l'établissement de quelque nouveau code de conduite excentrique ou de quelque critère entièrement irrationnel, comme d'avoir des cheveux blancs, ainsi que la Défense a pu l'avancer dans ses arguments. Les arguments s'appuyant sur le principe de *reductio ad absurdum* peuvent contribuer à détruire une proposition fallacieuse, ils fournissent rarement une base solide pour en créer une valable.

20. Les arguments ont également évoqué le spectre de l'ingérence du Conseil de sécurité dans les activités du Tribunal international, par exemple en l'abolissant à mi-chemin, si l'on peut dire, pour des raisons purement politiques. Il ne fait aucun doute que cette action relèverait de la compétence du Conseil de sécurité mais on pourrait également observer ce genre d'action dans un contexte national. Les organes législatifs nationaux, en fonction des pouvoirs qui leur sont conférés par leurs Constitutions ou législations habilitantes respectives, peuvent, avec plus ou moins de facilité, dissoudre des tribunaux, ce qui ne diminue en rien le statut desdites juridictions en tant qu'entités légalement créées.

21. Le Conseil de sécurité a créé le Tribunal international comme mesure d'exécution au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies après avoir constaté que les violations du droit international humanitaire dans l'ex-Yougoslavie constituaient une menace contre la paix. En faisant cette constatation, le Conseil de sécurité a agi aux termes de l'article 39 de la Charte, qui prévoit :

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.

22. Quand, dans la résolution 827, le Conseil de sécurité s'est déclaré convaincu que, dans les "circonstances particulières de l'ex-Yougoslavie", la création du Tribunal international contribuerait au rétablissement et au maintien de la paix, la nouveauté de l'orientation prise ne concernait que les moyens retenus et non le but visé. Le Conseil de sécurité a, à maintes reprises, répondu à des questions relevant du droit humanitaire dans le contexte de menaces contre la paix; a demandé aux Etats de respecter les obligations imposées par ledit droit humanitaire; et a parfois pris des mesures pour assurer ce respect. Ce fut le cas, par exemple, en Rhodésie du sud en 1965 et 1966; Afrique du sud en 1977; au Liban en plusieurs occasions durant les années 1980; en Iran et Irak en 1987; de nouveau en Irak en 1991; en Haïti et en

Somalie en 1993; et, bien sûr, au Rwanda en 1994. Dans ce dernier cas, la création du Tribunal pour le Rwanda par le Conseil de sécurité a fait suite à sa constatation que le conflit rwandais comprenait des violations du droit humanitaire et présentait une menace pour la paix.

23. La décision sur l'existence ou non d'une situation d'urgence dans l'ex-Yougoslavie qui justifierait la création du Tribunal international au titre du Chapitre VII relève éminemment du seul Conseil de sécurité; ce n'est certainement pas une question judiciaire mais au contraire une question faisant appel à des considérations de haute stratégie et de caractère politique. Quant à savoir si la mesure particulière portant création du Tribunal international contribuera bien, en fait, probablement au rétablissement de la paix et de la sécurité, il s'agit là encore d'une question relevant essentiellement du Conseil de sécurité et de lui seul, et aucun organe judiciaire - certainement pas la présente Chambre de première instance - ne peut ou ne devrait réexaminer cette mesure.

24. Le concept des questions non susceptibles d'un recours judiciaire a été décrit comme suit dans un contexte national :

Dans toute affaire considérée comme engageant une question politique, on peut observer à l'évidence l'affectation constitutionnelle de la question, démontrable sur la base des textes, à un département politique de même rang; ou l'absence de normes judiciaires pour la résoudre; ou l'impossibilité de prendre une décision sans une décision politique initiale échappant clairement à la compétence des tribunaux; ou l'impossibilité d'une solution indépendante par une juridiction sans exprimer un manque de respect à l'égard des autres branches de l'Etat; ou la nécessité exceptionnelle du respect inconditionnel d'une décision politique déjà prise; ou l'embarras potentiel résultant de décisions variées rendues par divers départements sur une même question.

(Baker c. Carr, 369 U.S. 186, 217 (1962)).

La validité de la décision du Conseil de sécurité d'établir le Tribunal international repose sur sa constatation que les événements dans l'ex-Yougoslavie constituaient une menace pour la paix. Cette constatation s'appuie nécessairement sur des faits et pose des questions politiques échappant à la compétence des tribunaux. Comme l'a fait remarquer le juge Weeramantry, une telle décision "sous-entend un jugement de caractère factuel et politique et non juridique". (Décision Lockerbie, page 176). Un commentateur s'est déclaré du même avis, disant que "une menace à la paix et à la sécurité internationales n'est pas une norme rigide qui peut être facilement et automatiquement appliquée". (David L. Johnson, Note, Sanctions and South Africa, 19 Harv. Intl. L. J. 887, 901 (1978)). Le caractère factuel et politique d'une décision du Conseil de sécurité au titre de l'article 39 rend fondamentalement inapproprié tout réexamen par la présente Chambre de première instance.

25. La Défense soutient que les actions du Conseil de sécurité manifestent un manque de cohérence. Il ne fait aucun doute que le Tribunal international est le premier de son espèce à être créé. Cependant, le fait que le Conseil de sécurité n'ait pas pris une mesure semblable dans d'autres affaires antérieures ne peut, en soi, présenter d'intérêt pour déterminer la légalité de son action dans ce cas.

26. L'article 41 de la Charte stipule :

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.

Cet article, apparemment, ne limite pas le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité de prendre des mesures ne recourant pas à l'utilisation de la force armée.

27. Qu'il n'ait pas été prévu originellement qu'un tribunal pénal ad hoc puisse être créé au titre du Chapitre VII, même si confirmé par les faits, n'est pas un argument valable. Le Chapitre VII confère des pouvoirs très étendus au Conseil de sécurité et aucun bon argument n'a été avancé pour interpréter l'article 41 comme excluant la création, parfaitement appropriée dans les circonstances, du Tribunal international pour résoudre la situation notoire existant dans l'ex-Yougoslavie. C'est là une situation qui relève clairement de la compétence d'un tribunal, de même que la punition des personnes reconnues coupables de crimes pour violations du droit international humanitaire. Ce n'est pas, comme l'avance la Défense, une décision arbitraire du Conseil de sécurité; c'est, apparemment, une réaction parfaitement appropriée à une situation menaçant clairement la paix internationale.

28. La Défense soutient que la création du Tribunal international n'est pas envisagée par l'article 41 parce que les exemples inclus dans ledit article se concentrent sur des mesures économiques et politiques et non judiciaires. Comme la Défense le concède, cependant, la liste figurant dans ledit article n'est pas limitative. Là encore, la décision du Conseil de sécurité à cet égard est largement empreinte de décisions factuelles et politiques qui retirent cette question de la compétence des tribunaux.

29. De plus, la Défense allègue que le Tribunal international n'est pas une mesure appropriée aux termes de l'article 41 parce qu'il n'est pas parvenu à rétablir la paix dans l'ex-Yougoslavie. Cependant, l'accusé n'est que le premier et, jusqu'à présent, le seul accusé à être traduit devant le Tribunal international et il est prématuré, à ce stade initial de son fonctionnement, d'essayer d'évaluer l'efficacité du Tribunal international en tant que mesure pour rétablir la paix, même si telle est sa fonction.

30. Les débats du Conseil de sécurité sur la situation dans l'ex-Yougoslavie suggèrent que le Tribunal international pourrait contribuer au rétablissement et au maintien de la paix de deux façons. Premièrement, plusieurs Etats ont exprimé l'avis que la création du Tribunal international dissuadera d'autres violations du droit international humanitaire. (Voir Procès verbal verbatim provisoire, U.N. SCOR, 48e Sess., 3175 mtg, pages 8, 22, Document des Nations Unies S/PV.3175 (22 février 1993); Procès-verbal verbatim provisoire, U.N. SCOR., 48e Sess., 3217e mtg. pages 12, 19, Document des Nations Unies S/PV. 3217 (25 mai 1993)).

31. Deuxièmement, les Etats ont adopté la position selon laquelle la création du Tribunal international contribuera au rétablissement de la paix dans la région. Lors de la réunion du Conseil de sécurité sur la résolution 808, la Hongrie, appuyant la création du Tribunal international, a expliqué la façon dont ledit Tribunal pourrait être utile à cet égard :

La façon dont la communauté internationale traite des questions relatives aux événements dans l'ex-Yougoslavie laissera une marque profonde sur l'avenir de cette région de l'Europe et au-delà. Elle rendra plus facile ou plus difficile, ou même impossible, la guérison des traumatismes psychologiques que le conflit a infligés à des populations qui, pendant des siècles, ont vécu ensemble harmonieusement, en dépit des déclarations actuelles de certaines parties au conflit. On ne peut oublier que les populations, les communautés ethniques et les minorités nationales de l'Europe centrale et orientale nous regardent et suivent attentivement nos travaux.

(Procès-verbal verbatim provisoire du 22 février 1993, supra, pages 19-20).

La Slovénie a également manifesté sa conviction que :

La création d'un tel tribunal est une mesure nécessaire et cruciale, étant donné que les auteurs de ces crimes seront jugés par un organe judiciaire impartial et du fait qu'il contribuera positivement à la recherche de solutions pour le rétablissement de la paix dans les régions précitées.

(Lettre du Représentant permanent de la Slovénie aux Nations Unies au Secrétaire général, Document des Nations Unies S/25652 (22 avril 1993)).

De même, un commentateur qui a beaucoup écrit sur le Tribunal international, a déclaré :

Il est important de traduire les auteurs de crimes en justice si l'on veut qu'il existe un espoir réel de désamorcer les tensions ethniques dans cette région. Le blâme ne doit pas être imputé à une nation entière mais aux auteurs individuels des crimes et aux dirigeants responsables.

(Theodor Meron, *Case for War Crimes Trials in Yugoslavia*, 72 *Foreign Affairs* 122, 134 (1993)).

La Chambre de première instance est d'avis que, du fait du caractère du conflit, un organe judiciaire est une mesure particulièrement appropriée pour établir une paix durable dans l'ex-Yougoslavie. En tout état de cause, il n'appartient certainement pas à la présente Chambre de première instance de se prononcer sur le succès ou l'échec ultime du Tribunal international.

32. Il est avancé ensuite que le droit international exige que les tribunaux pénaux soient indépendants et impartiaux et qu'aucun tribunal créé par un organe politique comme le Conseil de sécurité ne peut avoir ces caractéristiques. Bien sûr, dans le monde entier, les juridictions pénales sont créées par les organes législatifs, des organes éminemment politiques s'il en est. La Cour, dans l'affaire Effect of Awards, a spécifiquement déclaré qu'un organe politique des Nations Unies - dans ce cas, l'Assemblée générale - pouvait et avait créé un "organe indépendant et de caractère véritablement judiciaire". (Effet d'une décision d'indemnisation

rendue par le Tribunal administratif des Nations Unies, 1954, CIJ, 47, 53 (Opinion consultative du 13 juillet) ("Effect of Awards"). La question de savoir si une juridiction est indépendante et impartiale ne dépend pas de l'organe qui la crée mais de sa constitution, de ses juges et de la façon dont elle opère. Le Tribunal international a été constitué, comme l'atteste son Statut et son Règlement, de façon à assurer un procès équitable à un accusé et on espère que la façon dont ses juges administrent leur juridiction ne laissera pas place à des plaintes d'impartialité ou de manque d'indépendance.

33. Le fait que le Conseil de sécurité ait créé un tribunal ad hoc est également considéré comme entâché d'invalidité parce qu'il est censé priver l'accusé du droit conféré par l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ("ICCPR") d'être jugé par un tribunal "établi par la loi". Cependant, après analyse, ce point n'introduit pas un nouveau concept; ce n'est qu'une autre façon d'exprimer le grief général selon lequel la création du Tribunal international excède le pouvoir du Conseil de sécurité.

34. Il est intéressant de remarquer que, dans le contexte du Pacte international et de son droit, énoncé à l'article 14, à un procès par un "tribunal établi par la loi", ce membre de phrase exige seulement que le tribunal soit légalement constitué. A l'époque de la rédaction de l'article 14, d'aucuns se sont efforcés sans succès de le modifier pour exiger que les tribunaux soient "pré-établis". Comme le précise le professeur David Harris dans son article *The Right to a Fair Trial in Criminal Proceedings as a Human Right*, 16 I.C.L.Q. 353, 356 (1967) :

Un amendement qui visait à modifier le libellé du texte des Nations Unies par l'expression "pré-établi" et à couvrir ainsi tous les tribunaux ad hoc ou spéciaux a été rejeté fermement et avec succès par l'argument selon lequel cet amendement compliquerait une réorganisation judiciaire normale. Il a également été fait mention des Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo qui étaient des juridictions ad hoc et qui, cependant, sont considérés généralement comme ayant assuré à l'accusé un procès équitable au sens procédurier sur la plupart des points. ... le point important est l'observation par un tribunal de certaines autres conditions une fois qu'il commence à opérer, quelles que soient les modalités de sa création.

35. Il est également avancé que l'article 29 du Chapitre VI de la Charte n'envisage pas la création par le Conseil de sécurité d'un organe judiciaire international lorsqu'il fait référence à la création d'organes subsidiaires. Le raisonnement sous-jacent à cette conclusion n'est rien de plus que l'assertion selon laquelle un organe judiciaire ne peut pas être un organe additionnel de quelque autre organe; cependant, l'article 29 est libellé dans les termes les plus larges et rien ne semble limiter son champ à des organes non judiciaires. En tout état de cause, le Conseil de sécurité n'a pas établi le Tribunal dans le cadre du Chapitre VI de la Charte; ainsi qu'il est déclaré dans le premier paragraphe du Statut dudit Tribunal, c'est en tant que mesure au titre du Chapitre VII que le Conseil de sécurité l'a créé. De surcroît, dans l'affaire Effect of Awards susmentionnée, la Cour a spécifiquement décidé que l'Assemblée générale a le pouvoir de créer un tribunal administratif. (Affaire *Effect of Awards*, pages 56 à 61). Si l'Assemblée générale a l'autorité pour créer un organe judiciaire subsidiaire, le Conseil de sécurité peut, sans aucun doute, établir un tel organe dans l'exercice de son ample pouvoir discrétionnaire au titre du Chapitre VII.

36. Aucun fondement n'a, non plus, été établi pour priver le Conseil de sécurité du pouvoir d'imposer indirectement une responsabilité pénale à des individus par le biais de la création d'un tribunal doté d'une compétence pénale. Au contraire, le Conseil de sécurité ayant constaté que la menace à la paix engendrée par le conflit dans l'ex-Yougoslavie tient à des violations du droit international humanitaire commises sur une grande échelle par des individus, il est à la fois approprié et nécessaire que le Conseil de sécurité, par le canal du Tribunal international, agisse à l'encontre d'individus pour s'attaquer à la menace contre la paix. A cet égard, il est important que, quand le Conseil de sécurité, dans ses résolutions 731 et 748, a requis du Gouvernement libyen qu'il remette les deux ressortissants libyens accusés de l'attentat de Lockerbie et imposé des sanctions commerciales et diplomatiques obligatoires pour obtenir le respect de sa décision par la Libye, il visait fondamentalement des individus, cherchant à obtenir l'extradition et la mise en jugement de ces ressortissants libyens.

37. Référence est également faite au principe 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 et, plus particulièrement, dans le cas d'une action du Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII, par l'article 2 7) de la Charte et sa référence à l'application de mesures d'exécution au titre du Chapitre précité. La même observation s'applique à l'argument selon lequel la primauté conférée au présent Tribunal serait entâchée de quelque vice. Ce n'est rien de plus qu'un moyen permettant au Conseil de sécurité de donner effet aux pouvoirs qui lui sont conférés par le Chapitre VII. En tout état de cause, il n'est pas certain qu'un particulier soit habilité à soulever ce point.

38. La conclusion selon laquelle l'Assemblée générale devrait avoir participé à la création du Tribunal international ne peut avoir de sens que si ce qui est suggéré est la création d'un tribunal au moyen d'un amendement de la Charte. Si, cependant, le Tribunal international peut, comme il semble évident, être créé au titre du Chapitre VII, la suggestion d'un amendement de la Charte est aussi inutile qu'elle est peu pratique en tant que mesure appropriée pour répondre à la situation actuelle dans l'ex-Yougoslavie.

39. Il a été soutenu au nom de l'accusé que ce dernier a été désavantagé par son défèrement de la compétence des tribunaux allemands à celle du Tribunal international puisque cette action l'a privé de la possibilité, aux termes du protocole additionnel de l'ICCPR, d'un recours au Comité des droits de l'homme pour porter plainte contre le procès qui lui est fait. Il est indéniable que c'est exact puisque ce droit ne semble pas s'appliquer aux poursuites devant les tribunaux internationaux mais cela n'intéresse en rien la contestation de la compétence de la présente Chambre de première instance; il ne peut être remédié à cette situation, si un recours est requis, que par un nouveau protocole à l'ICCPR. Une observation semblable s'applique dans le cas de la Convention européenne des droits de l'homme, à laquelle la Défense fait également référence.

40. Ce qui précède réfute les diverses conclusions de la Défense relatives à la légalité de la création du Tribunal international, conclusions auxquelles la Chambre de première instance s'est estimée tenue de répondre parce qu'elles ont été soulevées par la Défense mais qu'elle ne considère pas, pour la plupart d'entre elles, nous venons de le voir, comme susceptibles d'un réexamen par ladite Chambre du fait qu'elles n'intéressent pas tant la compétence que la légalité des actions du Conseil de sécurité, qui échappent au réexamen judiciaire.

#### B. Primauté du Tribunal international

41. La Chambre de première instance se penche ensuite sur l'argument de la Défense selon lequel la primauté de compétence conférée au Tribunal international par l'article 9 2) n'est pas fondée en droit international parce que les juridictions de Bosnie-Herzégovine ou, subsidiairement, de l'entité appelée Administration des Serbes de Bosnie, ont la primauté pour juger l'accusé. En fait, cet argument conteste de nouveau la légalité de l'action du Conseil de sécurité portant création du Tribunal international. On trouvera ci-dessus la réponse à cet argument. La Chambre de première instance n'est pas habilitée à réexaminer une résolution adoptée par le Conseil de sécurité. 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. (Voir Israël c. Eichmann, 36 I.L.R. 5, 62 (1961)). Dans la présente affaire, il est intéressant de noter que la contestation de la primauté du Tribunal international a eu lieu contre l'intention exprès des deux Etats les plus touchés 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. Quant à l'entité connue sous le nom d'Administration des Serbes de Bosnie, de même, l'accusé en tant qu'individu n'a pas de locus standi pour les raisons précitées, pour soulever la question des droits de souveraineté de ladite entité, en supposant qu'elle soit dotée de tous les attributs d'un Etat.

42. 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 national. 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 ils 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.

43. Quant au principe invoqué du *jus de non evocando* auquel nous avons répondu plus haut, la Défense n'a jamais établi que le principe est d'une application si universelle qu'il constitue une norme impérative du droit international qui ne saurait en aucun cas être violée. La Chambre de première instance propose en conséquence de ne pas y revenir.

44. Les crimes reprochés à l'accusé font partie du droit international coutumier et existaient bien avant la création du Tribunal international. Si le Conseil de sécurité, dans sa sagesse avisée, agissant dans la sphère de ses pouvoirs conformément aux articles 39 et 41 du Chapitre VII de la Charte, crée le Tribunal international pour partager la charge de traduire en justice les auteurs de crimes universels, la Chambre de première instance ne peut y voir aucune immixtion dans la compétence d'un Etat parce que, comme il a été soutenu à juste titre au nom du Procureur, ils n'ont jamais été des crimes relevant de la compétence exclusive d'un Etat particulier. En tout état de cause, l'article 2 7) de la Charte, comme observé plus haut, interdisant l'intervention par les Nations Unies dans les affaires relevant essentiellement de la compétence interne d'un Etat, prévoit comme réserve que "(...) ce principe ne porte en rien atteinte à l'application des mesures de coercition prévues au chapitre VII."

## II. Compétence d'attribution

45. La Chambre de première instance doit maintenant se pencher sur ce qui constitue réellement des questions de compétence. La Défense soutient que les accusations portées contre l'accusé ne relèvent pas de la compétence d'attribution du présent Tribunal et il est, en conséquence, nécessaire d'examiner les limites de cette compétence.

### A. Article 2 : Infractions graves aux Conventions de Genève de 1949

46. Les articles 1 à 8 du Statut définissent la compétence du Tribunal international; elle est complétée et, à un égard, limitée par les articles 9 et 10. Toutefois, la présente exception est essentiellement concernée par les articles premier, 2, 3, et 5.

47. L'article 1 ne fait que conférer la compétence pour poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire et limite ce droit, dans l'espace, aux infractions commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie et, dans le temps, à la période qui s'est écoulée depuis 1991. Il exige, de plus, que la compétence ainsi conférée soit exercée conformément aux dispositions du Statut.

48. L'article 2 vise la compétence d'attribution pour poursuivre les auteurs présumés d'infractions graves aux Conventions de Genève et identifie ces infractions par la phrase : "à savoir les actes suivants dirigés contre des personnes ou des biens protégés aux termes des dispositions de la Convention de Genève pertinente". Il énumère ensuite une série d'actes extraits des quatre Conventions de Genève et, avec de légères variations, répétant et, en fait, consolidant les termes des dispositions sur les infractions graves figurant sous diverses formes dans chacune de ces Conventions.

49. L'article 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". Dans la présente affaire, il n'est pas allégué que les victimes présumées figurant dans les différents chefs d'accusation n'étaient pas des personnes protégées; en tout état de cause, c'est une question qui devra être tranchée en temps opportun.

50. L'argument est que l'article 2 n'est applicable que dans le cas de conflit international et qu'un tel conflit n'existait pas à l'époque et à l'endroit concernés. Cependant, 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.

51. Le Rapport du Secrétaire général (Document des Nations Unies S/25704 (3 mai 1993)) (le "Rapport") indique clairement, au paragraphe 34, que l'intention était que les règles du droit international devant être appliquées "font partie sans aucun doute possible du droit coutumier", de manière à ce que le problème résultant du fait que certains Etats, mais non la totalité d'entre eux, adhèrent à des conventions internationales spécifiques, ne se pose pas. Ce qui explique, sans aucun doute, la référence spécifique au droit des Conventions de Genève dans l'article 2, du fait que, comme l'indique le paragraphe 35 du Rapport, le droit applicable aux conflits armés est sans aucun doute devenu partie du droit international coutumier. Mais 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 des 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. Il confère simplement la compétence d'attribution habilitant à poursuivre ce qui, si l'on s'intéressait aux Conventions, constituerait des infractions graves desdites Conventions mais qui sont, dans le présent contexte, de simples applications du Statut.

52. Quand la question porte sur ce qu'envisagent les Conventions de Genève dans le cas d'infractions graves, à savoir leurs poursuites devant un tribunal national et non devant un tribunal international, une condition d'internationalité semble naturelle. Un Etat pourrait considérer avec inquiétude, comme une atteinte inacceptable à sa souveraineté, l'action d'une juridiction étrangère jugeant un accusé pour des infractions graves commises dans un conflit intérieur à cet Etat. Ces considérations ne s'appliquent pas au Tribunal international, pas plus

que les références dans les Conventions aux Hautes Parties Contractantes et autres éléments des Conventions; tous ces éléments sont tout simplement inapplicables au Tribunal international. Ils ne s'appliquent pas parce que le Tribunal international n'applique pas en fait le droit international conventionnel mais, plutôt, le droit international coutumier, comme l'indique clairement le Secrétaire général dans son Rapport, et ce en vertu du mandat que lui a conféré le Conseil de sécurité. Dans le cas de ce que l'on appelle communément les "infractions graves", ce droit conventionnel est devenu le droit coutumier, bien qu'il ait pu en partie constituer du droit conventionnel avant de revêtir la forme des textes qui ont précédé les actuelles Conventions de Genève.

53. Il s'ensuit que l'élément d'internationalité ne constitue pas un critère juridictionnel des crimes listés par l'article 2 du Statut du Tribunal international. Si c'était le cas, le volume considérable de documents soumis à la Chambre de première instance indique clairement que les actes présumés figurant dans l'acte d'accusation ont, en fait, été commis dans le cadre d'un conflit armé international. Cependant, peu de ces documents constituent des faits patents et aucun ne revêt la forme d'élément de preuve ou n'a été soumis à ce titre. Dans ces circonstances, la Chambre de première instance ne prend aucune décision concernant le caractère du conflit armé en question.

54. En conclusion subsidiaire à sa conclusion principale, à savoir qu'il existait en l'affaire un conflit armé international, le Procureur a soutenu que, en tout état de cause, certains accords conclus étaient tels qu'ils opéraient, conformément à l'article 3 commun des Conventions de Genève de 1949 ("article 3 commun"), de sorte à "mettre en vigueur par voie d'accords spéciaux" les dispositions des Conventions se rapportant aux infractions graves.

55. Ces accords, conclus sous les auspices du Comité international de la Croix Rouge les 22 et 23 mai et le 1er octobre 1992, étaient accompagnés d'un programme d'action arrêté le 27 août 1992.

56. La Défense a contesté que lesdits accords aient l'effet allégué par le Procureur. Il est inutile de rendre une décision sur ces conclusions subsidiaires étant donné la conclusion de la Chambre de première instance selon laquelle l'article 2 de notre Statut habilite expressément et directement ledit Tribunal à poursuivre les auteurs présumés des actes énumérés dans ledit article.

#### B. Article 3 : Violations des lois ou coutumes de la guerre

57. La Défense soutient que l'accusé ne peut pas être jugé pour violations des lois ou coutumes de la guerre au titre de l'article 3 du Statut parce que ledit article est fondé sur la Convention (IV) de La Haye sur le respect des lois et coutumes de la guerre sur terre et les Règlements qui y sont rattachés en date du 18 octobre 1907 ("Convention de La Haye") et le Protocole I de 1977, qui s'appliquent uniquement à un conflit international, et qu'aucun conflit de cette nature n'existait à l'époque ou à l'endroit concernés. Le Procureur répond en avançant que l'expression "lois ou coutumes de la guerre" figurant à l'article 3 s'applique tant aux conflits internationaux qu'aux conflits internes et que le Tribunal international peut appliquer les normes

minima de l'article 3 commun, qui sont applicables aux conflits armés internationaux et internes. Apparemment, le Procureur n'entend pas intégrer le Protocole I dans l'article 3 du Statut et, en conséquence, la Chambre de première instance ne se penche pas sur cette question.

58. Après examen des positions des parties, la Chambre de première instance conclut que le caractère du conflit, qu'il soit international ou interne, n'influe pas sur la compétence d'attribution du Tribunal international au titre de l'article 3 pour juger les personnes présumées responsables de violations des lois ou coutumes de la guerre.

59. L'interprétation du champ de l'article 2 du Statut s'applique à l'opinion de la Chambre de première instance concernant sa compétence d'attribution au titre de l'article 3. Contrairement à la position de la Défense, rien dans le libellé de l'article 3 n'exige expressément l'existence d'un conflit international. De fait, s'agissant de l'article 3, à la différence de l'article 2, aucune convention n'est mentionnée. L'article 3 stipule simplement que le Tribunal international "est compétent pour poursuivre les personnes qui commettent des violations des lois ou coutumes de la guerre". L'article présente ensuite une liste d'actes prohibés. Il ressort à l'évidence que la liste a un caractère exemplatif et non limitatif, parce qu'elle est précédée de la phrase : "Ces violations comprennent, sans y être limitées ...".

60. La compétence du Tribunal international s'étend aux violations graves du droit international humanitaire qui font partie du droit coutumier. Le droit international humanitaire comprend les règles internationales visant à résoudre les problèmes humanitaires survenant de conflits armés internationaux ou intérieurs. (Voir *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977*, page XXVII (CICR 1987). Même si les actes énumérés à l'article 3 proviennent de la Convention de La Haye, l'expression "lois ou coutumes de la guerre" ne doit pas être limitée aux conflits internationaux. Les lois ou coutumes de la guerre comprennent des violations d'actes commis dans des conflits armés tant internationaux qu'internes. De fait, l'article 3 commun est la preuve évidente que le droit international coutumier limite la conduite des hostilités dans les conflits armés intérieurs. Cependant, à la différence des parties contractantes aux traités, le Tribunal international n'est pas tenu d'appliquer le droit conventionnel mais il est, au contraire, tenu d'appliquer le droit international coutumier. Par conséquent, l'élément d'internationalité ne constitue pas un critère de compétence même si les Parties contractantes envisageaient originellement que la Convention de La Haye s'applique aux conflits internationaux.

61. Les violations des lois ou coutumes de la guerre sont communément qualifiées de "crimes de guerre". Ils peuvent être définis comme des crimes commis par toute personne en violation d'obligations reconnues dans le cadre de règles tirées du droit conventionnel ou coutumier applicables aux parties au conflit. (Voir L.C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict* 276 (1993), ("les crimes de guerre sont des violations des lois ou coutumes des conflits armés et sont punissables, qu'ils aient été commis par des combattants ou des civils, y compris les ressortissants d'Etats neutres"). Voir également Ch. Bassiouni, *A Draft International Criminal*

Code And Draft Statute For An International Criminal Tribunal 130 (1987) ("les crimes de guerre consistent en une conduite (actes ou omissions) interdite par les règles du droit international applicables dans le cas de conflit armé, les conventions auxquelles les belligérants sont Parties et les principes et règles reconnus par le droit international des conflits armés").

62. A l'article 6 b) de la Charte du Tribunal militaire international de Nuremberg, les crimes de guerre sont définis comme :

les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements ou la déportation pour des travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires.

63. Bien que le Statut du Tribunal militaire international ait limité la compétence de celui-ci au conflit armé international de la Deuxième guerre mondiale, historiquement, les lois ou coutumes de la guerre n'ont pas été limitées par le caractère du conflit qu'elles règlementent. Le Code Lieber, généralement reconnu comme l'exemple ancien le plus célèbre de manuel national ébauchant les lois de la guerre aux fins d'utilisation par les forces armées, et l'un des premiers essais de codification des lois de la guerre sur terre, a été rédigé pour régler la conduite des forces armées des Etats-Unis durant la Guerre de sécession américaine. (The Lieber Code, Instructions for the government of Armies of the United States in the Field by Order of the Secretary of War, General Orders No. 100. Washington D.C. (24 avril 1863), réimprimé dans L. Friedman (ed.) A Documentary History 158 (1972)). Ce Code, basé sur ce que Lieber considérait comme le droit généralement accepté à son époque, a été utilisé comme modèle pour d'autres manuels et a considérablement inspiré l'évolution ultérieure des lois de la guerre. De fait, les rédacteurs du premier projet de codification des "lois ou coutumes de la guerre sur terre" à La Haye se sont fortement appuyés sur la "Déclaration de Bruxelles de 1874" qui, à son tour, était fortement influencée par le Code Lieber. (Voir F. Kalshoven, Constraints on the Waging of War 13 (1987)). Le fait que les lois de la guerre puissent devenir applicables à des conflits armés intérieurs d'une certaine intensité par le biais de la doctrine de "reconnaissance de belligérance" est également un principe établi du droit international coutumier. (Voir, par exemple, 1956 United States Army Field Manual, qui stipulait que "les lois coutumières de la guerre deviennent applicables aux guerres civiles lors de la reconnaissance des rebelles en tant que belligérants", paragraphe 11a). De surcroît, même dans les situations de conflit interne quand la reconnaissance de belligérance a été explicitement refusée, il est reconnu que certaines règles fondamentales des lois de la guerre s'appliquent néanmoins malgré la non-reconnaissance de belligérance. (Voir A. Cassese "The Spanish Civil War and the Development of Customary Law Concerning Internal Armed Conflict" dans Current Problems of International Law 313 (Cassese, ed. 1975)). En outre, dans le cadre du Projet de code sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de la Commission de droit international, la notion de "crimes de guerre exceptionnellement graves" est définie de sorte à inclure certains comportements et aucune distinction n'est faite, qu'ils soient commis dans le cadre d'un conflit armé international ou

interne. Les Membres du Conseil de sécurité sont également d'avis que l'expression "lois ou coutumes" ne se limite pas aux conflits armés internationaux. (Voir les déclarations de Représentants des Etats-Unis, du Royaume-Uni et de la France au Conseil de sécurité après l'adoption de la résolution 827, Document des Nations Unies S/PV. 3217, 15 (25 mai 1993)).

64. La Chambre de première instance conclut que l'article 3 du Statut fournit une liste non-exhaustive d'actes qui tombent sous la rubrique des "lois ou coutumes de la guerre". Les infractions qu'elle peut examiner ne sont pas limitées à celles figurant dans la Convention de la Haye et elles peuvent survenir durant un conflit armé, qu'il soit de caractère international ou national.

65. Le Procureur affirme que les normes minima figurant à l'article 3 commun sont incorporées dans l'article 3 du Statut. La Chambre de première instance estime qu'elle a compétence d'attribution au titre de l'article 3 parce que les violations des lois ou coutumes de la guerre font partie du droit international coutumier relevant de sa compétence, que le conflit soit international ou national. Cependant, la Chambre de première instance considère qu'il est nécessaire de répondre à l'assertion spécifique du Procureur selon laquelle les lois ou coutumes de la guerre comprennent les obligations imposées par l'article 3 commun. La Chambre de première instance conclut que l'article 3 commun impose des obligations qui relèvent de la compétence d'attribution de l'article 3 du Statut parce que lesdites obligations font partie du droit international coutumier. De plus, la Chambre de première instance conclut que les individus peuvent être punis pour les violations de ces actes prohibés. L'imposition de la responsabilité pénale aux individus pour ces violations ne contrevient pas au principe *nullum crimen sine lege*.

66. L'article 3 commun interdit les actes suivants lorsqu'ils sont commis contre des personnes ne participant pas directement aux hostilités :

- a) les atteintes portées à la vie et à l'intégrité corporelle, notamment le meurtre sous toutes ses formes, les mutilations, les traitements cruels, tortures et supplices;
- b) les prises d'otages;
- c) les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants;
- d) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés.

67. Pour les raisons susmentionnées, les actes prohibés par l'article 3 commun constituent des crimes aux termes du droit international. Le fait que l'article 3 commun fasse partie du droit international coutumier a été définitivement décidé par la Cour internationale de Justice dans l'affaire Nicaragua (Activités militaires et paramilitaires (Nicar. c. U.S.)), 1986, CIJ 4 (Jugement

sur les mérites du 27 juin 1986) dans laquelle la Cour, appliquant le droit international coutumier, a déterminé que les règles figurant à l'article 3 commun constituent une "norme minimum" applicable aux conflits armés internationaux et nationaux, concluant ainsi que ces interdictions font partie du droit international coutumier. On avançait déjà en 1958 que l'article 3 commun :

(...) demande simplement le respect de quelques règles qui, bien avant que la Convention ne fût signée, étaient reconnues comme essentielles dans tous les pays civilisés et étaient déjà édictées par des lois internes de ces Etats. (...) aucun gouvernement ne peut être gêné de respecter à l'égard de ses adversaires internes, quelle que soit la dénomination du conflit qui l'oppose à eux, un minimum de règles qu'il respecte en fait tous les jours, en vertu de ses propres lois, et même à l'égard de vulgaires criminels de droit commun.

(Commentaire sur les Conventions de Genève du 12 août 1949: (N°) IV Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre 36 (Pictet ed. 1958)).

Un commentateur plus récent note que "... les normes énoncées à l'article 3 I) a)- c) sont d'un caractère éthique si élémentaire et se font l'écho d'un si grand nombre d'autres traités humanitaires ou intéressant les droits de l'homme, qu'elles doivent être considérées comme exprimant les normes minima du droit coutumier également applicables aux conflits armés non internationaux". Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* 35 (1991)). Le caractère coutumier de l'article 3 commun est encore étayé par les déclarations de représentants au Conseil de sécurité après l'adoption de la résolution 827 adoptant le Statut du Tribunal international. La représentante des Etats-Unis a déclaré explicitement qu'elle considérait que l'article 3 du Statut couvre l'article 3 commun des Conventions de Genève de 1949, et les représentants du Royaume-Uni et de la France ont fait des déclarations semblables. (Document des Nations Unies S/PV.3217 (25 mai 1993), paragraphes 11, 15 et 19).

68. Le fait que les actes prohibés par l'article 3 commun constituent des crimes aux termes du droit international ressort également à l'évidence du fait que lesdits actes sont de caractère criminel. Leur contenu est semblable à celui des actes interdits par les dispositions sur les infractions graves qui, clairement, engagent la responsabilité pénale individuelle. De plus, le type d'actes énumérés à l'article 3 commun était sanctionné dans le passé par une responsabilité pénale individuelle. Par exemple, l'article 44 du Code Lieber supra prévoyait l'interdiction, la responsabilité pénale et la punition des auteurs des actes du type de ceux qui, aujourd'hui, tomberaient dans la sphère de l'article 3 commun. En outre, des individus accusés de violations identiques à celles figurant à l'article 3 commun ont été traduits devant des juridictions nationales. (Voir Jordan Paust, *War Crimes Jurisdiction and Due Process: the Bangladesh Experience*, II *Vanderbilt Journal of Transnational Law* I, 25 (1978)).

69. La doctrine de la reconnaissance de belligérance du droit international coutumier autorise l'application des lois applicables aux conflits armés internationaux aux conflits internes, assurant ainsi que, même dans un conflit non international, les individus peuvent être tenus pénalement responsables de violations des lois ou coutumes de la guerre. De surcroît, certains manuels militaires et législations nationales mettent l'accent sur le caractère criminel des actes figurant à l'article 3 commun. Par exemple, l'armée des Etats-Unis considère que les violations

de l'article 3 commun relèvent de la notion de crimes de guerre, l'habilitant ainsi à poursuivre le personnel militaire capturé pour crimes de guerre en cas d'accusation de violations de l'article 3 commun. Le Manuel militaire allemand décrit les violations de l'article 3 commun comme des "violations graves du droit international humanitaire", impliquant que lesdites violations peuvent constituer le fondement de la responsabilité pénale individuelle. (Voir Theodor Meron, *International Criminalization of Internal Atrocities*, 89 Am. J. Int'l. L. 554, 564-65 (1995)). En outre, le caractère pénal des actes tombant dans la sphère de l'article 3 ressort à l'évidence du libellé dudit article, qui est clairement de caractère prohibitif et vise des crimes fondamentaux comme le meurtre et la torture, qui sont interdits dans tous les Etats :

Par conséquent, aucun auteur de tels actes ... ne peut revendiquer de bonne foi qu'il ou elle ne savait pas que les actes étaient prohibés. Et le principe *nullum crimen* vise à protéger une personne contre une punition pour un acte qu'il ou elle considérerait raisonnablement comme légal lors de sa commission.

(Id. page 566).

70. La responsabilité pénale individuelle du violeur n'a pas à être énoncée explicitement dans une convention pour que ses dispositions entraînent ladite responsabilité. Cette observation est confirmée à l'évidence par l'emploi de la IV Convention de La Haye et de la Convention de Genève de 1929 sur les prisonniers de guerre comme base pour les poursuites et condamnations à Nuremberg, en dépit du fait que ni l'une ni l'autre desdites conventions ne fait référence à des poursuites pénales ou à la responsabilité individuelle dans le cas de violations.

71. Un autre indice sur le fait que les actes figurant à l'article 3 commun constituent des crimes au titre du droit international est que, en supposant *arguendo* qu'il n'y a pas d'obligation claire de punir ou d'extrader les violeurs de dispositions des Conventions de Genève ne constituant pas des infractions graves, comme l'article 3 commun, tous les Etats ont le droit de punir ces violeurs. Par conséquent, les individus peuvent être poursuivis pour des violations des actes énumérés et, de ce fait, les poursuites par le Tribunal international fondées sur la primauté ne contreviennent pas à l'interdiction *ex post facto*. En outre, dans l'affaire Nicaragua, la Cour a reconnu l'applicabilité de l'article premier commun des Conventions de Genève aux conflits armés non internationaux. La condition énoncée à l'article premier commun que toutes les Parties Contractantes doivent respecter et assurer le respect des Conventions peut entraîner le recours à des mesures pénales.

72. Dans son Rapport, le Secrétaire général déclare que "l'application du principe *nullum crimen sine lege* exige que le Tribunal international applique des règles du droit international humanitaire qui font partie sans aucun doute possible du droit coutumier". (Document des Nations Unies S/25704, paragraphe 34). L'article 15 I) de l'ICCPR renferme le principe *nullum crimen sine lege* et prévoit que "personne ne sera déclaré coupable d'un crime au titre d'un acte ou d'une omission qui ne constituait pas un crime au titre du droit national ou international à la date de sa commission". Ainsi qu'il est démontré plus haut, l'article 3 commun fait

indéniablement partie du droit international coutumier et, par conséquent, on ne contrevient pas au principe *nullum crimen sine lege* en incorporant les normes prohibitives de l'article 3 commun dans l'article 3 du Statut du Tribunal international.

73. Un autre argument en faveur de l'absence de violation du principe *nullum crimen sine lege* est qu'en incorporant les normes prohibitives de l'article 3 commun dans sa législation nationale, l'ex-Yougoslavie a criminalisé ces infractions. (Voir article 125 du Code pénal de l'ex-Yougoslavie, qui prévoit que l'interdiction de crimes de guerre contre la population civile s'applique aux situations de "guerre, conflit armé ou occupation", quel que soit le caractère du conflit, impliquant ainsi la couverture éventuelle des conflits armés non internationaux).

74. Pour ces raisons, la Chambre de première instance conclut que le caractère du conflit, qu'il soit international ou interne, n'influe pas sur la compétence d'attribution du Tribunal aux termes de l'article 3. L'expression "lois ou coutumes de la guerre" s'applique aux conflits armés internationaux et internes. Les normes minima de l'article 3 commun s'appliquent au conflit dans l'ex-Yougoslavie et les poursuites contre l'accusé pour ces crimes ne contreviennent pas au principe *nullum crimen sine lege*.

#### C. Article 5 : Crimes contre l'humanité

75. Le Secrétaire général a décrit les crimes contre l'humanité dans son Rapport (paragraphe 48) comme des actes inhumains d'une extrême gravité commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique contre une population civile quelle qu'elle soit, pour des raisons nationales, politiques, ethniques, raciales ou religieuses. La compétence du Tribunal international relative aux crimes contre l'humanité est définie à l'article 5 du Statut de la façon suivante :

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.

76. Il est incontestable que les crimes contre l'humanité font partie du droit international coutumier. Ils figurent à l'article 6 c) de la Charte de Nuremberg du 8 août 1945; l'article II 1) c) de la Loi No.10 du Conseil de contrôle pour l'Allemagne du 20 décembre 1945; et à l'article 5 c) de la Charte de Tokyo du 26 avril 1946, trois documents majeurs promulgués à la suite de la Deuxième guerre mondiale.

77. La Défense soutient que "le Tribunal n'est compétent au titre de l'article 5 du Statut que dans le cas de crimes commis dans l'exécution ou en liaison avec un conflit armé international". Elle avance qu'elle trouve un argument pour cette proposition exigeant l'existence d'un conflit armé de caractère international dans la Charte de Nuremberg qui, dans sa définition des crimes contre l'humanité, parle d'actes inhumains commis "dans l'exécution ou en liaison avec tout crime relevant de la compétence du Tribunal ..." et dans l'affirmation conférée aux principes du droit international reconnus par la Charte du Tribunal de Nuremberg et le Jugement du Tribunal dans la résolution 95 1) adoptée par l'Assemblée générale en 1948. La Défense soutient, de plus, que l'élargissement du champ de l'article 5 à des crimes commis dans des conflits armés de caractère interne contrevient au principe *nullum crimen*.

78. La Chambre de première instance n'est pas du même avis. Le lien dans la Charte de Nuremberg entre les crimes contre l'humanité et les deux autres catégories, crimes contre la paix et crimes de guerre, était particulier au contexte du Tribunal de Nuremberg, établi spécifiquement "pour juger et punir de façon appropriée et sans délai les grands criminels de guerre des pays européens de l'Axe". (Charte de Nuremberg, article premier). Les crimes perpétrés par l'Allemagne nazie étaient d'un caractère si haineux qu'il ont provoqué l'indignation de l'humanité. Il a donc été décidé d'inclure les crimes contre l'humanité afin de permettre au Tribunal militaire international de juger les grands criminels de guerre pour les actes barbares commis contre les juifs allemands, notamment, qui, en tant que ressortissants allemands, échappaient à la protection des lois de la guerre qui n'interdisaient que les violations concernant l'adversaire ou les populations ennemies. (Voir Antonio Cassese, *International Law in a Divided World*, paragraphe 169 (1986)).

79. La jurisprudence ultérieure a fortement étayé l'argument selon lequel aucun lien n'est requis en droit international coutumier entre les crimes contre l'humanité et les crimes contre la paix ou crimes de guerre. Le tribunal militaire créé aux termes de la Loi No. 10 du Conseil de contrôle a déclaré dans l'affaire *Einsatzgruppen* que :

Les crimes contre l'humanité sont des actes commis dans le cadre de violations globales et systématiques de la vie et de la liberté ... Le Tribunal militaire international, opérant dans le cadre de la Charte de Londres, a déclaré que les dispositions de la Charte limitent le Tribunal à n'examiner que les crimes contre l'humanité qui ont été commis dans l'exécution ou en liaison avec des crimes contre la paix et des crimes de guerre. Le Conseil de contrôle allié, dans sa Loi No. 10, a supprimé cette limite de sorte que le présent Tribunal est compétent pour juger tous les crimes contre l'humanité tels que définis depuis longtemps dans le cadre des principes généraux du droit pénal.

(4 Procès de criminels de guerre 499).

80. De surcroît, le Rapporteur spécial de la Commission de droit international a déclaré pour sa part :

Lié à l'origine à un état de belligérance ... le concept de crimes contre l'humanité a fini progressivement par être considéré comme autonome et il est aujourd'hui entièrement séparé de celui de crimes de guerre ... Les crimes contre l'humanité peuvent être commis en temps de guerre ou en temps de paix; les crimes de guerre ne peuvent être commis qu'en temps de guerre.

(Septième rapport sur le Projet de code relatif aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, (1989), 2 Annuaire de la CDI, Document des Nations Unies, A/N/CN.4/SER.A/1986/Add.1).

81. Enfin, l'opinion selon laquelle les crimes contre l'humanité sont autonomes est confirmée par l'ouvrage classique sur le droit international, *Oppenheim's International Law*, dans lequel il est spécialement fait référence au fait que les crimes contre l'humanité "sont maintenant généralement considérés comme une catégorie autonome, sans la nécessité d'un lien formel avec les crimes de guerre..." (R. Jennings et A. Watts, 1 *Oppenheim's International Law* 966 (1992)).

82. Même si l'on peut soutenir qu'un lien est requis entre les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, l'élément d'internationalité ne constitue certainement pas un critère de compétence puisque, comme nous l'avons vu plus haut, les crimes de guerre sont interdits par le droit international coutumier dans les conflits armés de caractère international et interne.

83. Pour conclure, la Chambre de première instance souligne que la définition de l'article 5 est, en fait, plus restrictive que la définition générale des crimes contre l'humanité reconnue par le droit international coutumier. L'inclusion du lien avec un conflit armé dans ledit article impose une limite à la compétence du Tribunal international et ne peut certainement en aucun cas contrevenir au principe *nullum crimen* de sorte à interdire au Tribunal international de juger les crimes énumérés dans l'article. Le libellé de l'article 5 est clair et, par conséquent, les crimes contre l'humanité devant être jugés par le Tribunal international doivent avoir un lien avec un conflit armé, qu'il soit international ou interne.

**DISPOSITIF**

L'analyse qui précède porte sur les objections à la compétence proprement dite soulevées par la Défense ainsi que sur les autres objections ne se rapportant pas à proprement parler à la compétence mais qui contestent la légalité de la création et de la compétence du Tribunal international.

Pour les motifs précités, **LA CHAMBRE DE PREMIERE INSTANCE**, saisie de l'exception préjudicielle soulevée par la Défense, et

**CONFORMEMENT A L'ARTICLE 72**

**ECARTE PAR LA PRESENTE** 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 PRESENTE** la demande de la Défense en son exception sur la compétence du Tribunal.

Gabrielle Kirk McDonald  
Présidente de la Chambre de première instance

FAIT le 10 août 1995  
La Haye,  
Pays-Bas

(Sceau du Tribunal)