

## L'ACTIVITÉ DU TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE (1993-1995)

HERVÉ ASCENSIO et ALAIN PELLET

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 (ci-après « le Tribunal »), institué par les résolutions 808 et 827 (1993) du Conseil de sécurité (1), est entré dans sa phase active avec le premier acte d'accusation en date du 4 novembre 1994 contre Dragan Nikolic et la demande de dessaisissement en faveur du Tribunal adressée aux autorités allemandes dans l'affaire *Tadic* le 8 novembre 1994. Ces développements ont été rendus possibles par l'élaboration puis la mise en œuvre de textes régissant le *fonctionnement* du Tribunal, au premier rang desquels le Règlement de procédure et de preuve (I). L'activité du Tribunal aura également été marquée durant cette période par les deux décisions rendues en première instance et en appel sur les exceptions préliminaires soulevées par la Défense dans l'affaire *Tadic* et relatives à la *compétence* du Tribunal (II) (2).

(\*) Hervé ASCENSIO, allocataire-moniteur à l'Université de Paris X-Nanterre.

(\*\*) Alain PELLET, professeur à l'Université de Paris X-Nanterre et à l'IEP de Paris, membre de la CDI ; rapporteur du Comité de juristes français chargé par le ministre français des Affaires étrangères d'étudier la création d'un Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (« Commission Truche »).

Les auteurs ont participé à la rédaction du mémoire d'*Amicus curiae* déposé par l'association « Juristes sans Frontières » dans le cadre de la procédure d'appel dans l'affaire *Dusko Tadic*, le 1<sup>er</sup> septembre 1995 (IT-94-I-AR72).

(1) Sur la création du Tribunal, voir notamment Eric DAVID, « Le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie », *RBDI*, 1992, n° 2, pp. 565-598 ; J.C. O'BRIEN, « The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia », *AJIL* 1993, pp. 639-659 ; Ph. WECKEL, « L'institution d'un Tribunal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie », *AFDI* 1993, pp. 232-261 ; K. LESCURE, *Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*, Montchrestien, 1994, 203 p. ; Th. MERON, « War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law », *AJIL* 1994, pp. 78-87 ; K. OELLERS-FRAHM, « Das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs zur Verfolgung von Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien », *ZaöRV*, 1994, pp. 416-432 ; A. PELLET, « Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie – Poudre aux yeux ou avancée décisive ? », *RGDIP*, 1994, pp. 7-60 ; M. CASTILLO, « La compétence du Tribunal pénal pour la Yougoslavie », *ibid.*, pp. 61-87 ; D. SHRAGA et R. ZACKLIN, « The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *JEDI*, 1994, pp. 360-380 ; V. MORRIS et M. SCHARF, *An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, A Documentary History and Analysis*, Transnational Publishers, 1995, 2 vol., 691 p.

(2) La présente étude est fondée sur la documentation rendue publique par le *Service d'information* du Tribunal qui se montre plus soucieux d'assurer la promotion médiatique du Tribunal que de faciliter les analyses universitaires et en est même venu à envisager de subordonner la communication des décisions du Tribunal au paiement d'un « droit de greffe ». Au surplus, les juristes francophones ne peuvent que déplorer que nombre de décisions, y compris les plus importantes, n'aient pas fait l'objet de traduction en français alors même qu'aux termes de l'article 33 du Statut du Tribunal, « les langues de travail du Tribunal international sont l'anglais et le français ».

## I. – LE FONCTIONNEMENT DU TRIBUNAL

L'une des premières tâches du Tribunal a été l'élaboration d'un Règlement de procédure et de preuve, conformément à l'article 15 de son Statut (3). Ce texte, adopté le 11 février 1994 et entré en vigueur le 14 mars 1994, a depuis été modifié à plusieurs reprises (4), ce qui témoigne de la difficulté de réaliser un équilibre entre la garantie maximale des droits de l'accusé et l'indispensable efficacité de la justice. Ces deux objectifs, loin d'être antithétiques, trouvent une unité dans la notion particulièrement chère aux Anglo-saxons de «procès équitable». Le droit procédural anglo-saxon constitue d'ailleurs la source d'inspiration principale des dispositions du Règlement aussi bien que du Statut relatives à la procédure, celle-ci étant de type essentiellement accusatoire. On doit souligner les avantages de ce système qui permet de préserver au mieux les droits de l'accusé ; mais aussi regretter l'absence de procès par contumace – ou *in absentia* – plus couramment pratiqué dans les pays au système inquisitorial et qui aurait été tout à fait adapté au contexte dans lequel se place le Tribunal (5). Cette procédure, qui avait été proposée par la Comité de juristes français chargé d'étudier la création d'un Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (commission Truche), a rencontré l'opposition radicale des Etats-Unis et d'un très grand nombre d'Etats. Elle aurait pourtant permis au Tribunal de ne pas se trouver désarmé face à l'inexécution des mandats d'arrêt par les Etats et au refus des accusés de se présenter devant la justice internationale.

Force est de constater que les juges n'ont pas été entièrement insensibles à ces arguments puisqu'ils ont introduit dans le Règlement de procédure et de preuve, puis renforcé, une disposition «de substitution» au procès *in absentia*, l'article 61. D'ailleurs, il s'agit d'un rééquilibrage souhaitable en faveur de l'efficacité et qui ne remet absolument pas en cause le principe du procès équitable – il pourrait même plutôt le renforcer en ce qu'il conduit à une motivation rigoureuse et informée des ordonnances de confirmation des actes d'accusation. L'article 61 est ainsi symptomatique d'une tendance, qui s'est également étendue à d'autres dispositions du Règlement, visant à rendre la procédure authentiquement internationale, tout en assurant le respect le plus élevé possible des droits de l'accusé (6).

(3) Article 15 du Statut : «Règlement du Tribunal. – Les juges du Tribunal international adopteront un règlement qui régira la phase préalable à l'audience, l'audience et les recours, la recevabilité des preuves, la protection des victimes et des témoins et d'autres questions appropriées».

(4) Cette étude se fonde sur la version du 18 janvier 1996, IT/32/Rev.7 (ci-après «le Règlement»), la version IT/32 du 11 février 1994 ayant été amendée le 5 mai 1994 et le 4 octobre 1994, révisée le 30 janvier 1995, amendée le 3 mai 1995, le 15 juin 1995, le 6 octobre 1995 et de nouveau le 18 janvier 1996.

(5) *Contra*. J.C. O'BRIEN, *op. cit. note (1)*, pp. 656-657. Pour une opinion doctrinale anglo-saxonne favorable au procès par contumace, cf. R. WEDGWOOD, «War Crimes in the Former Yugoslavia : Comments on the International War Crimes Tribunal», *Virginia Journal of International Law*, Winter 1994, vol. 34, pp. 267-269. Le Comité des droits de l'homme considère par ailleurs que ce type de procès, avec les garanties appropriées, est compatible avec l'article 14(3)(d) du Pacte international sur les droits civils et politiques, dans son commentaire général n° 13 (1984), NU Doc. HRI/GEN/1, p. 15 (1992).

(6) Tel a été le sens d'une large part des modifications du 30 janvier 1995, qui ont concerné quarante-deux articles.

Le Règlement de procédure et de preuve régit l'organisation du Tribunal, la phase préalable au procès, le procès lui-même et les recours (7). Plusieurs autres textes et décisions à portée interne sont venus le compléter et le préciser.

## 1. *L'organisation du Tribunal*

### 1.1. *Dispositions générales*

Aux termes de l'article 5 du Règlement, un acte violant le Règlement ou des règlements internes peut être déclaré nul s'il « est incompatible avec les principes fondamentaux de l'équité » et s'il « a entraîné effectivement un mauvais fonctionnement de la justice ». Par ailleurs, l'article 2 du Règlement pose toute une série de définitions, parmi lesquelles a dû être ajoutée la définition suivante du terme « Etat » :

« Un Etat membre ou non membre des Nations Unies ou une entité autoproclamée exerçant *de facto* des fonctions gouvernementales, qu'elle soit ou non reconnue en tant qu'Etat ».

Cette définition étrange avait pour but de permettre au Tribunal de transmettre des mandats d'arrêts aux différentes entités politiques et notamment aux « entités autoproclamées » dans l'ex-Yougoslavie (8). On ne peut en déduire une quelconque reconnaissance par le Tribunal ou les Nations Unies de ces entités comme Etats. On peut cependant regretter qu'un terme moins ambigu n'ait pas été choisi pour parvenir au même résultat.

### 1.2. *Les organes du Tribunal*

– *L'organe chargé des poursuites* : l'enquête et l'engagement des poursuites sont confiés à un Procureur unique (9), assisté d'un Procureur adjoint. Il peut adopter des règlements internes qui doivent cependant être compatibles avec le Statut et le Règlement (10).

– *Les formations de jugement* : le Tribunal est composé de onze juges, répartis dans deux chambres de première instance de trois membres chacune et une chambre d'appel de cinq membres. L'affectation des juges aux Cham-

(7) Le Règlement de procédure et de preuve comprend 125 articles répartis en neuf chapitres : Dispositions générales (1), Primauté du Tribunal (2), Organisation du Tribunal (3), Enquêtes et droits des suspects (4), Mise en accusation (5), Procès en première instance (6), Appel (7), Révision (8), Grâce et commutation de peine (9).

(8) Deuxième rapport annuel du Tribunal à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité en vertu de l'article 34 du Statut, doc. A/50/365 et S/1995/728, § 23.

(9) Le Procureur du Tribunal, qui est également chargé des poursuites dans le cadre du Tribunal pénal international pour le Rwanda, est actuellement R. Goldstone (Afrique du Sud). Il devrait être remplacé le 1<sup>er</sup> octobre 1996 par un Juge canadien, M<sup>me</sup> Louise Arbour. Le Procureur adjoint pour la Yougoslavie est G. Blewitt (Australie).

(10) Article 37 du Règlement ; c'est le Bureau qui tranche ces questions. Il est remarquable que le premier règlement interne du Procureur (n° 1/1994, amendé le 17 mai 1995) porte sur les conditions de non-engagement des poursuites contre un complice. Cela est justifié dans le Préambule par la constatation que « il est admis de longue date que cette manière de procéder peut, dans certains cas, favoriser la bonne administration de la justice ».

bres se fait par roulement périodique(11). Par ailleurs, un juge est désigné par le Président dans chaque Chambre de première instance, pour chaque mois de l'année civile, afin d'examiner les actes d'accusation(12).

– *Le Greffe* : il est dirigé par un greffier, assisté d'un greffier adjoint, chargé de l'administration et du service du Tribunal(13). A ce titre, il régit notamment le quartier pénitentiaire des Nations Unies(14). L'article 34 institue en son sein une « Division d'aide aux victimes et aux témoins », dont le rôle reste malheureusement assez flou(15).

Le président du Tribunal(16), qui préside par ailleurs la Chambre d'appel(17), est élu pour deux ans et rééligible une fois. En vertu de l'article 19 du Règlement, il dispose de pouvoirs importants : il préside les

(11) Article 27. Les règles d'organisation de ce roulement ne sont cependant absolument pas précisées. Elles doivent, de toutes façons, être combinées avec les dispositions des articles 15 (C) (« Le juge d'une Chambre de première instance qui examine un acte d'accusation conformément à l'article 19 du Statut et aux articles 47 ou 61 du Règlement ne peut siéger à la Chambre appelée à juger ultérieurement l'accusé »), 15 (D) (« Aucun membre de la Chambre d'appel ne peut connaître en cette qualité d'une affaire dont il a eu à connaître en première instance ») et 27 (C) (« Le Président peut à tout moment affecter temporairement un membre d'une Chambre de première instance ou de la Chambre d'appel à une autre Chambre »). L'approche qui a prévalu jusqu'à maintenant est donc essentiellement pragmatique. La composition des Chambres depuis le 6 octobre 1995 et jusqu'au 15 septembre 1996 est la suivante :

– Chambre de première instance n° I : C. Jorda (Président) (France), E. Odio Benito (Costa-Rica), F. Riad (élu en remplacement de G. Abi-Saab, démissionnaire, qui siégeait à la Chambre d'appel) (Egypte).

– Chambre de première instance n° II : G. McDonald (Président) (Etats-Unis), L.C. Vohrah (Malaisie), R. Sidhwa (qui siégeait auparavant à la Chambre d'appel) (Pakistan).

– Chambre d'appel : A. Cassese (Président) (Italie), A. Karibi-Whyte (Vice-Président, auparavant Président de la Chambre de première instance n° I) (Nigéria), H. Li (Chine), J. Deschênes (Canada), N. Stephen (auparavant membre de la Chambre de première instance n° II) (Australie).

(12) La liste est dressée au mois de juillet de chaque année (article 28 du Règlement).

(13) Articles 30 à 36 du Règlement. Le greffier actuel est M<sup>me</sup> D. de Sampayo Garrido-Nijgh (Pays-Bas) et le greffier adjoint M.D. Marro (France).

(14) Cf. le Règlement fixant les modalités de dépôt d'une plainte par un détenu, IT/96, avril 1995 ; Règlement établissant une procédure disciplinaire à l'encontre des détenus, IT/97, avril 1995 ; le Règlement interne définissant les modalités des visites et des communications avec les détenus, IT/98, avril 1995, amendé en juin 1995 ; le Règlement intérieur à l'intention des détenus, IT/99, avril 1995, amendé en juin 1995. Ces documents sont regroupés avec d'autres textes essentiels concernant le Tribunal in *Documents de référence*, NU/TPIY, 1995. Le CICR est chargé de l'inspection de ce quartier pénitentiaire.

(15) Cet article constitue une réponse directe à la préoccupation reflétée dans l'article 15 du Statut selon lequel le Règlement doit régir « la protection des victimes et des témoins ». En vertu de l'article 34 du Règlement, la Division a essentiellement un rôle de recommandation et d'assistance. Le deuxième rapport annuel du Tribunal, *op. cit. note (8)*, insiste longuement sur son rôle (§§ 108-117) mais note qu'elle est « devenue opérationnelle en avril 1995 » (§ 108) seulement et que « (l')essentiel de l'action initiale de la Division a été consacré aux arrangements préparatoires concernant le voyage à La Haye des témoins et la sécurité de leur séjour » (§ 103). On peut imaginer que le problème de la sécurité ne se pose pas seulement aux Pays-Bas. Des mesures spécifiques de protection peuvent être prises par les juges dans chaque affaire, de manière à déterminer le niveau adéquat de protection des victimes et des témoins, ce qui n'ira pas sans difficulté ni contradiction compte-tenu des divergences apparues à ce sujet dans l'affaire *Tadic*, cf. *infra* 3.1. On aurait pu espérer que le Règlement fournirait sur l'ensemble de la question au moins des lignes directrices.

(16) Actuellement et depuis la création du Tribunal, M. Antonio Cassese.

(17) Article 14, paragraphe 2, du Statut. Il convient de rappeler qu'en vertu de l'article 12, paragraphe 2, du Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda, ce sont les mêmes juges qui siègent dans les Chambres d'appel des deux tribunaux *ad hoc*.

réunions plénières(18), coordonne les travaux des Chambres, contrôle les activités du greffe et s'acquitte de toutes les autres fonctions qui lui sont confiées par le Statut et par le Règlement(19). Le Bureau, composé du Président, du Vice-Président et des Présidents des Chambres de première instance, est consulté par le Président «au sujet de toutes les questions importantes liées au fonctionnement du Tribunal»(20).

## 2. La phase préalable au procès

### 2.1. Les actes

Les actes du Tribunal dans la phase préalable au procès concernent trois procédures : la demande d'information ou de dessaisissement, la mise en accusation, la procédure en cas d'inexécution d'un mandat d'arrêt (article 61). Dans tous les cas et conformément à l'article 29 du Statut, les Etats «répondent sans retard». Cette rédaction confirme que tous les actes du Tribunal sont obligatoires pour leurs destinataires; ils s'imposent aux Etats en vertu des dispositions des articles 25 et 103 de la Charte des Nations Unies et leur efficacité est renforcée par le fait que le Tribunal peut faire appel au Conseil de sécurité en cas de non-respect.

#### 2.1.1. La demande d'information ou de dessaisissement

Cette procédure doit permettre au Tribunal de faire valoir sa primauté sur les juridictions internes. Elle peut revêtir deux modalités. D'une part, le Procureur peut demander à un Etat de lui transmettre des informations au sujet d'une infraction relevant de la compétence du Tribunal et faisant l'objet d'enquêtes ou de poursuites pénales devant les juridictions internes. D'autre part, si le Procureur estime que «(i) l'infraction a reçu une qualification de droit commun; ou (ii) la procédure engagée ne serait ni impartiale ni indépendante, viserait à soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale internationale ou n'aurait pas été exercée avec diligence; ou (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», il peut saisir la Chambre de première instance – désignée à cet effet par le Président – d'une demande de dessaisissement en faveur du Tribunal. Si la Chambre estime la requête fondée, elle peut demander à l'Etat de se dessaisir(21). Si l'Etat ne fournit pas dans les soixante jours l'assurance qu'il

(18) Les réunions plénières sont convoquées pour : «(i) l'élection du Président et du vice-Président; (ii) l'adoption et la modification du Règlement; (iii) l'adoption du Rapport annuel prévu à l'article 34 du Statut; (iv) l'adoption de décisions sur les questions liées au fonctionnement interne des Chambres et du Tribunal; (v) la détermination ou le contrôle des conditions de détention; (vi) l'accomplissement de toute autre tâche prévue dans le Statut ou le Règlement» (article 24 du Règlement). Les décisions sont prises à la majorité, la voix du président étant prépondérante en cas de partage (article 26).

(19) En cas d'absence ou d'empêchement, ses fonctions sont exercées par le vice-président (dont il semble que ce soient les seules fonctions en vertu de l'article 21 du Règlement).

(20) Article 23 du Règlement.

(21) Respectivement articles 8, 9 et 10 du Règlement. Si une Chambre de première instance a demandé un tel dessaisissement, le procès est porté devant l'autre Chambre de première instance. Par ailleurs, si le Président est informé de poursuites pénales engagées devant une juridiction interne pour une infraction pour laquelle l'accusé a déjà été jugé par le Tribunal, la même procédure s'applique afin d'inviter cette juridiction à mettre fin aux poursuites (article 13). Il s'agit cette fois de l'application du principe *non bis in idem*.

se conformera à la demande, la Chambre peut prier le Président de soumettre la question au Conseil de sécurité(22).

La première demande de dessaisissement en faveur du Tribunal, en vertu de l'article 9, paragraphe 2, du Statut et des articles 9 et 10 du Règlement, a été adressée aux autorités allemandes le 8 novembre 1994 dans le cadre de l'affaire Tadic(23). La demande du Procureur visait à ce que la République fédérale d'Allemagne se dessaisisse de l'enquête en cours contre D. Tadic au motif notamment que «les informations requises contribueront à faciliter l'enquête sur les accusations contre ledit Dusko Tadic» et «qu'il (le Procureur) dispose de plusieurs témoins en dehors du territoire allemand qu'il a déjà interrogés et qui seront appelés à comparaître pour témoigner devant le Tribunal international, au cas où l'enquête déboucherait sur des poursuites»(24).

La Chambre de première instance n° I a vérifié que les éléments devant être établis par le Procureur pour répondre aux conditions de la demande étaient réunis, à savoir : «(a) qu'une enquête doit être poursuivie par le Procureur sur des crimes ressortant de la compétence du Tribunal pour les faits en cause; (b) qu'une enquête ou des poursuites pénales doivent être engagées au niveau national; (c) que ces enquêtes ou poursuites pénales doivent avoir une incidence sur l'enquête du Procureur et porter sur des faits et points de droit commun»(25). Le Gouvernement de la République fédérale d'Allemagne, tout en reconnaissant en principe la primauté du Tribunal, fit cependant dans un premier temps état de son incapacité à se conformer dans l'immédiat à une éventuelle ordonnance de dessaisissement en raison d'une contrariété avec son droit interne(26). La Chambre rappelle à cette occasion l'obligation de coopération des Etats en vertu du paragraphe 4 de la résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité et de l'article 29 du Statut – on peut aussi ajouter la Charte des Nations Unies elle-même en ses articles 25 et 48 – et le «principe selon lequel un Etat ne peut se dérober à ses obligations internationales en invoquant son droit interne»(27). En conséquence, et les éléments nécessaires étant réunis, la Chambre a fait droit à la demande du Procureur et a invité l'Allemagne «à prendre toutes mesures nécessaires, tant législatives qu'administratives, aux fins de répondre à cette demande officielle et à notifier au Greffier du Tribunal international les mesures prises pour y répondre»(28).

(22) Article 11 du Règlement.

(23) Affaire n° IT-94-1-D, Décision de la Chambre de première instance statuant sur la requête du Procureur aux fins de dessaisissement en faveur du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire Dusko Tadic (conformément aux articles 9 et 10 du Règlement de procédure et de preuve), 8 novembre 1994. Voir M.-L. PAVIA, «Commentaire de la décision rendue le 8 novembre 1994 par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie», *GP*, 4 février 1995, pp. 195 s., et L. VIERUCCI, «The First Steps of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia», *JEDI*, 1995, n° 1, vol. 6, pp. 134-149.

(24) Décision de dessaisissement, §§ 4 et 5. Dusko Tadic avait été arrêté et placé en détention provisoire le 13 février 1994. Il avait été mis en accusation le 3 novembre 1994 par le Procureur de la République fédérale d'Allemagne.

(25) *Ibid.*, § 11.

(26) La République fédérale d'Allemagne est apparue devant la Chambre en tant qu'*amicus curiae*, de même que le conseil de D. Tadic, M. Skebitz.

(27) *Ibid.*, § 20. Elle s'appuie sur l'avis *Echange des populations Grecques et Turques*, CPJI, Série B, n° 10, p. 20.

(28) *Ibid.*, dispositif, p. 11.

Cette ordonnance, de même que les autres ordonnances de dessaisissement rendues en 1995 (29), souligne la nécessité pour les Etats de mettre en place des législations nationales de manière à se conformer aux dispositions du Statut et du Règlement sur le dessaisissement et l'éventuel transfert de l'accusé ou d'un témoin détenu. Le Parlement allemand a ainsi adopté la loi régissant la coopération avec le Tribunal le 31 mars 1995 (30). Si l'opportunité d'adopter des législations en ce sens n'est pas douteuse, on peut en revanche s'étonner que certains Etats, dont la France, aient semblé juger nécessaire d'adopter des lois consacrant la compétence du Tribunal (et de leurs propres tribunaux nationaux) dans leur droit interne, alors même qu'ils se réclament du « monisme » : le Statut du Tribunal, adopté par le Conseil de sécurité dans le cadre du Chapitre VII de la Charte devrait en toute logique bénéficier de la valeur juridique de celle-ci et, en tant que « droit dérivé », avoir une « autorité supérieure à celle des lois ».

### 2.1.2. La mise en accusation

L'acte d'accusation est établi par le Procureur et doit être confirmé par un Juge (31). Il peut être modifié par le Procureur à tout moment avant sa confirmation, mais ne peut l'être ensuite « qu'avec l'autorisation du juge ayant confirmé ou, au cours du procès, avec l'autorisation de la Chambre de première instance » (32). L'acte est en principe rendu public après sa confirmation (33). Il peut y avoir jonction d'instances ou de chefs d'accusation (34). L'étape qui suit logiquement la confirmation de l'acte d'accusation est l'émission par un juge d'un mandat d'arrêt qui est transmis par le Greffier « aux autorités nationales de l'Etat sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel l'accusé réside, ou a eu sa dernière résidence connue, ou est considéré par le Greffier comme susceptible de se trouver » (35). Le mandat d'arrêt est accompagné d'une ordonnance de transfert lorsque l'accusé est

(29) Affaire n° IT-95-6-D, Décision concernant une proposition de demande officielle de dessaisissement en faveur du Tribunal adressée à la République de Bosnie-Herzégovine eu égard à des crimes contre la population de la vallée de la rivière Lasva, 11 mai 1995 ; Affaire n° IT-95-5-D, Décision concernant une proposition de demande officielle de dessaisissement en faveur du Tribunal adressée à la République de Bosnie-Herzégovine concernant Radovan Karadzic, Ratko Mladic et Mico Stanisic, 16 mai 1995. La motivation de cette dernière ordonnance de dessaisissement est intéressante en ce qu'elle dénote une vérification attentive des éléments du dossier et conclut à l'opportunité du dessaisissement de l'enquête et des poursuites à l'encontre de ces « individus en position d'autorité », notamment « (a)ttendu (...) que, plus que de simples exécutants, ils porteraient ainsi atteinte à l'ordre public international ; et qu'à ce titre, le Tribunal, institué par la Communauté internationale pour répondre à cette atteinte est particulièrement fondé à faire jouer la primauté sur les juridictions internes (...) ».

(30) La loi française sur la coopération avec le Tribunal a été votée et promulguée le 9 janvier 1995. Des législations semblables avaient, au 23 août 1995, été adoptées par l'Espagne, la Finlande, l'Italie, la Norvège, les Pays-Bas, la Suède, le Danemark, la République de Bosnie-Herzégovine, l'Australie et la Nouvelle-Zélande (deuxième rapport annuel du Tribunal, *op. cit. note (8)*, p. 31). L'Autriche, les Etats-Unis, le Royaume-Uni, le Sri Lanka, la Suisse et la Turquie avaient indiqué leur intention de faire de même (*ibid.*).

(31) Article 47 du Règlement. Le Juge peut confirmer ou rejeter chaque chef d'accusation.

(32) Article 50 du Règlement. Le retrait s'effectue dans les mêmes conditions (article 51). L'acte d'accusation n° 3 contre Dusko Tadic et Goran Borovnica a été amendé le 1<sup>er</sup> septembre 1995, puis le 14 décembre 1995, mais conformément aux décisions rendues par la Chambre de première instance n° II sur les exceptions préliminaires de la Défense, cf. *infra* II.

(33) Article 52 du Règlement. L'article 53 rend possible la non-divulgateion jusqu'à sa signification à l'accusé ou aux accusés si le Juge ou la Chambre de première instance considère que ceci « est nécessaire pour donner effet à une disposition du Règlement ou pour préserver des informations confidentielles obtenues par le Procureur ou encore que l'intérêt de la justice le commande ».

(34) Articles 48 et 49 du Règlement.

(35) Article 55 du Règlement.

placé en rétention par une autorité ou une institution internationales(36). Si l'Etat ne rend pas compte des mesures prises « dans un délai raisonnable », le Tribunal peut en informer le Conseil de sécurité par l'intermédiaire du Président(37).

A la fin de l'année 1995, 12 actes d'accusation avaient été émis à l'encontre de 52 accusés(38). Certaines personnes sont accusées plusieurs fois, comme R. Karadzic et R. Mladic pour, d'une part, les atrocités perpétrées sur la population civile dans l'ensemble de la Bosnie-Herzégovine, la « *sniping campaign* » contre les civils de Sarajevo et pour la prise en otages et l'utilisation comme boucliers humains de membres des forces de maintien de la paix de l'ONU (acte d'accusation n° 8), d'autre part pour les crimes commis lors de la prise de Srebrenica (acte d'accusation n° 12). Toutes les incriminations ont été utilisées, y compris celle de génocide à l'encontre de Dusko Sikirica (« Keraterm Camp », acte d'accusation n° 4), Goran Jelusic (« Brcko », acte d'accusation n° 6), Radovan Karadzic et Ratko Mladic (actes d'accusation n° 8 et n° 12).

Cette intense activité, qui s'est développée pour l'essentiel en 1995, doit sans doute beaucoup à une certaine « mauvaise humeur » manifestée par les Juges à l'encontre du Procureur lors de la réunion plénière réunie du 16 au 30 janvier 1995(39). On pouvait en effet s'attendre à ce que le Procureur,

(36) Article 59bis « Transmission d'un mandat d'arrêt ». La mention des « institutions internationales » fait évidemment référence aux troupes de l'IFOR (cf. Ordonnance rendue le 24 décembre 1995 par le Juge Claude JORDA, afin qu'une copie des actes d'accusation et des mandats d'arrêt (...) soit transmise à l'IFOR), dont on sait qu'elles ne se sont pas toujours empressées d'appliquer les mandats d'arrêt transmis par le Tribunal. Cet article ajouté lors de l'amendement du Règlement du 18 janvier 1996 éclaire fort utilement la question du transfert qui n'était pas autrement abordée que dans l'article 57 prévoyant que « le transfert de l'accusé au siège du Tribunal est organisé par les autorités nationales intéressées en liaison avec les autorités du pays hôte et le Greffier ». Sans doute les juges estimaient-ils que cette question relevait essentiellement des Etats. Parallèlement, l'article 59bis nouveau a permis de préciser que l'accusé devait être informé dès le début de sa détention et dans une langue qu'il comprend, des accusations portées contre lui et de son prochain transfert. A nouveau, l'exigence d'efficacité et le respect des droits de l'accusé vont de pair. On peut néanmoins se demander quelles seraient les conséquences du non-respect de cette disposition par les autorités en question. Constituerait-elle une atteinte grave aux droits de l'accusé alors qu'elle ne saurait être imputable au Tribunal lui-même ?

(37) Article 59 du Règlement.

(38) Il s'agit des actes d'accusation suivants :

- 1 : « Susica Camp » (Dragan Nikolic), 4 novembre 1994.
- 2 : « Omarska Camp » (Zeljko Meakic, Miroslav Kvočka, Dragoljub Prcac, Mladen Radic, Milojica Kos, Momcilo Gruban, Zdravko Govedarica, Gruban, Predag Kostic, Nedeljko Paspalj, Milan Pavlic, Milutin Popovic, Drazanko Predojevic, Zeljko Savic, Mirko Babic, Nikica Janjic, Dusan Knezevic, Dragomir Saponja, Zoran Zigic), 13 février 1995.
- 3 : « Tadic et autres » (Dusko Tadic, Goran Borovnica), 13 février 1995.
- 4 : « Keraterm Camp » (Dusko Sikirica, Damir Dosen, Dragan Fustar, Dragan Kulundzija, Nenad Banovic, Predag Banovic, Goran Lajic, Dragan Kondic, Nikica Janjic, Dusan Knezevic, Dragomir Saponja, Zoran Zigic, Nedeljko Timarac), 21 juillet 1995.
- 5 : « Bosanski Samac » (Slobodan Miljkovic, Blagoje Simic, Milan Simic, Miroslav Tadic, Stevan Todorovic, Simo Zaric), 21 juillet 1995.
- 6 : « Brcko » (Goran Jelusic, Ranko Cesic), 21 juillet 1995.
- 7 : « Martić » (Milan Martić), 25 juillet 1995.
- 8 : « Karadzic et Mladic » (Radovan Karadzic, Ratko Mladic), 25 juillet 1995.
- 9 : « Stupni Do » (Ivica Rajic), 29 août 1995.
- 10 : « Hôpital de Vukovar » (Milan Mrksic, Miroslav Radic, Veselin Sljivancanin), 7 novembre 1995.
- 11 : « Lasva Valley » ou « Kordic et autres » (Dario Kordic, Tihofil Blaskic, Mario Cerkez, Ivan Santic, Pero Skopljak, Zlatko Aleksovski), 10 novembre 1995.
- 12 : « Srebrenica » (Radovan Karadzic, Ratko Mladic), 16 novembre 1995.

(39) Communiqué de presse du 1<sup>er</sup> février 1995, émanant du Bureau de presse et d'information du Tribunal, CC/PIO/OO3-F, « Les juges du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie s'inquiètent de leur programme de travail judiciaire pour 1995 ».



bénéficiant des nombreux documents et témoignages recueillis par la Commission d'experts instituée par la résolution 780 (1992) et par la Commission Mazowiecki, fasse preuve de davantage de célérité dans le traitement des dossiers (40). Il est vrai que cette position attentiste a pu être favorisée par les difficultés financières rencontrées par le Tribunal (41). D'autre part, la politique des poursuites adoptée ensuite par le Procureur demanderait à être précisée. D'après le second rapport annuel du Tribunal, comme « il a fallu se résoudre à adopter comme règle d'or de ne déférer au Tribunal que les affaires les plus exemplaires », le Bureau du Procureur aurait décidé de « donner la priorité à l'instruction des dossiers concernant les violations les plus graves du droit international humanitaire et à la poursuite des responsables présumés desdites violations » (42). Toutes les infractions relevant de la compétence du Tribunal constituant, *prima facie*, de telles violations, il serait plus opportun de déterminer ce qu'est le critère d'exemplarité (43).

Ces éléments ne sont certainement pas étrangers à une certaine évolution des rapports entre les organes du Tribunal. On constate que si la procédure reste dans son ensemble accusatoire – et donc donne toujours un pouvoir considérable au Procureur quant à l'opportunité des poursuites – la confirmation des actes d'accusation constitue une occasion pour les Juges d'intervenir et de « contrôler » l'action du Procureur. Ainsi le Juge Riad, lors de la confirmation de l'acte d'accusation dans l'affaire de l'hôpital de Vukovar, a développé la pratique de la motivation (44). D'autres juges ont exprimé leur point de vue sur ce qu'ils estiment être leur rôle à ce titre. On peut

(40) Le Procureur R. Goldstone a été nommé le 8 juillet 1994 et a pris ses fonctions le 15 août 1994. Le deuxième rapport annuel du Tribunal note que « Une bonne partie de l'année 1994 a été consacrée à faire le nécessaire pour que le Bureau du Procureur devienne opérationnel » (*op. cit. note (8)*, § 32) et que « En juillet 1994, le Bureau du Procureur disposait de suffisamment de personnel pour ouvrir des enquêtes sur les lieux » (*ibid.*, § 33).

(41) Les inquiétudes à ce sujet se sont prolongées tout au long de l'année 1995. Cf. la « Résolution sur les répercussions budgétaires imposées par les Nations Unies au Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie » adoptée par les juges en session plénière le 6 octobre 1995 (communiqué de presse du 9 octobre 1995, CC/PIO/023-E). Voir également M. TORRELLI (dir.), « Chronique des faits internationaux », *RGDIP*, 1996, n° 1, p. 243.

(42) *Doc. précit. note (8)*, § 31.

(43) A propos des poursuites contre les « leaders », cf. l'interview du Procureur R. Goldstone dans *Le Monde* daté du 2 février 1996 : (question : « Les présidents Slobodan Milosevic et Franjo Tudjman peuvent-ils être poursuivis par le TPI ? ») (réponse : « Tout d'abord, si quelqu'un possède la moindre preuve de l'implication des présidents Milosevic ou Tudjman dans des crimes de guerre, je demande qu'il nous l'apporte. Mais il y a une grande différence entre le Tribunal de Nuremberg et le TPI. A Nuremberg, les pays victorieux ont décidé de qualifier de crime le fait de mener une guerre d'agression. Mais, pour le droit international, mener une guerre même agressive n'est pas un crime [!!!] et nous n'avons pas le pouvoir d'inculper des gens pour avoir fait la guerre ». Encore faut-il savoir comment et pourquoi ils la font ! A la question relative à la nécessité de sanctions pénales au-delà des poursuites, réponse : « Je sais que l'absence de sanctions pénales contre les responsables d'atrocités comme celles qui se sont produites en Yougoslavie et au Rwanda n'est pas satisfaisante. Mais il n'est pas nécessaire pour la justice de prononcer des sanctions pénales. Je pense que la Commission de vérité en Afrique du Sud est un bon exemple. Face aux violations graves des droits de l'homme, un gouvernement démocratiquement élu, représentant les victimes, s'est satisfait de l'absence de sanctions parce que les responsables ont admis leur culpabilité ». Même si le Procureur dispose de l'opportunité des poursuites, on peut se demander s'il est bien dans son rôle lorsqu'il fait ainsi l'éloge de l'impunité.

(44) Affaire n° IT-95-13-I, *Le Procureur c. / M. Mrksic, M. Radic, V. Sljivanvanin* (« Vukovar »), examen de l'acte d'accusation, 7 novembre 1995 ; et affaire n° IT-95-18-I, *Le Procureur c. / R. Karadzic et R. Mladic* (« Srebrenica »), examen de l'acte d'accusation, 16 novembre 1995. Dans cette dernière décision, la motivation s'achève par : « Considérant tout ce qui précède, il semble que le crime de génocide et, au moins, celui de (*sic*) crimes contre l'humanité figurant aux chefs 1 et 2 de l'acte d'accusation, dans la mesure où ils couvrent l'ensemble des événements décrits, sont les qualifications les plus exhaustives » (p. 6).

ainsi lire, dans l'ordonnance de confirmation de l'acte d'accusation porté contre *Dario Kordic et d'autres* émise par le Juge McDonald :

« In a sense, the Judge is then discharging a function akin to that of an examining magistrate (*juge d'instruction*) or of a grand jury helping to ensure that the prosecution will not be frivolous or wilful » (45).

### 2.1.3. L'examen de l'acte d'accusation au titre de l'article 61 du Règlement (procédure en cas d'inexécution d'un mandat d'arrêt)

L'intervention des Juges culmine avec la procédure de l'article 61, qui permet de contrôler l'exécution des mandats par les Etats. Depuis l'amendement du 18 janvier 1996 (46), il est clairement établi que l'initiative du déclenchement de cette procédure revient au juge qui a confirmé l'acte d'accusation.

Cet article permet au juge qui a confirmé l'acte d'accusation d'ordonner que le Procureur saisisse la Chambre de première instance (47), laquelle confirme alors à nouveau l'acte d'accusation. Cette procédure comporte deux aspects importants : (1) le Procureur peut « citer à comparaître et interroger, devant la Chambre de première instance, tout témoin dont la déclaration a été soumise au juge ayant initialement confirmé l'acte d'accusation », et (2) « la Chambre de première instance délivre contre l'accusé un mandat d'arrêt international qui est transmis à tous les Etats ». L'accusé devient ainsi une sorte de « paria » international, condamné à ne pas sortir du territoire de l'Etat qui l'aurait indûment soustrait à la justice internationale. Il y a là un succédané imparfait du jugement par coutumace. Il est fort probable que cette procédure se développera rapidement si les principaux accusés ne sont pas transférés au Tribunal (48).

La première mise en œuvre de l'article 61 dans le cadre de l'affaire *Nikolic* a conduit à la décision de la Chambre de première instance n° I du 20 octobre 1995 (49). Cette affaire constitue sans doute l'un des développements les plus importants de la période 1993-1995, en ce qu'elle ouvre la voie à une « jurisprudence de la reconfirmation » (50).

(45) Case No. IT-95-14-I, Decision on the Review of the Indictment, 10 November 1995, p. 3. L'ordonnance s'appuie pour affirmer cela sur le commentaire de l'article 27, paragraphe 1, du projet de Statut pour une Cour criminelle internationale établi par la CDI qui définit la présomption de responsabilité, *Rapport CDI*, Doc. A/49/10(1994).

(46) Précédemment, le début de l'article se lisait « Si le mandat d'arrêt n'a pas été exécuté et dès lors l'acte d'accusation n'a pas été signifié à l'accusé, et si le Procureur établit devant le juge de première instance qui a confirmé l'acte d'accusation (etc.) ». Désormais, il se lit : « Si, au terme d'un délai raisonnable, le mandat d'arrêt n'a pas été signifié à l'accusé, le juge qui a confirmé l'acte d'accusation invite le Procureur à rendre compte des mesures qu'il a prises » (italiques ajoutées). Cette évolution témoigne du désir des Juges à la fois de jouer un rôle plus actif dans la procédure et de contrôler plus étroitement l'action du Procureur.

(47) Il faut que le juge soit convaincu que : « (i) le Procureur a pris toutes les mesures raisonnables pour effectuer la signification à personne, notamment en ayant recours aux autorités compétentes de l'Etat sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel l'accusé réside ou avait sa dernière résidence connue, et (ii) le Procureur a essayé selon d'autres modalités d'informer l'accusé de l'existence de l'acte d'accusation en cherchant à publier des annonces appropriées dans le journaux dudit Etat conformément à l'article 60 ci-dessus ».

(48) Les développements les plus récents vont dans ce sens avec l'examen au titre de l'article 61, après l'affaire *Nikolic* (IT-94-2-R61, 20 octobre 1995), de l'affaire *Martic* (IT-95-11-R61, 8 mars 1996) et de l'affaire *Mrksic, Radic, Sljivancin* (« Vukovar ») (IT-95-13-R61, 3 avril 1996). D'autres mises en œuvre de l'article 61 sont prévisibles.

(49) Affaire n° IT-94-2-R61, *Le Procureur c. / Dragan Nikolic alias « Jenki »*, Examen de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, 20 octobre 1995 (ci-après « la décision *Nikolic* »).

(50) R. MAISON, « La décision de la Chambre de première instance n° I du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Nikolic* », *JEDI*, 1996 (à paraître).

Dans l'acte d'accusation les faits allégués font tous l'objet d'une triple qualification, à savoir infractions graves aux Conventions de Genève, violations des lois et coutumes de la guerre et crimes contre l'humanité. Ces qualifications sont-elles alternatives ou cumulatives? La Chambre «prend note de la présentation alternative» et tente en conséquence de déterminer l'incrimination qui lui paraît la plus adaptée, c'est-à-dire d'organiser les différentes incriminations en fonction de leur gravité :

«la Chambre, sous réserve de l'appréciation souveraine des Juges du fond, considère qu'il existe des raisons suffisantes de croire que les actes criminels relèvent, plus évidemment, d'une qualification de crimes contre l'humanité» (51).

Par ailleurs, elle invite le Procureur à compléter l'acte d'accusation sur deux points. Le premier concerne les viols et violences sexuelles dont des dépositions présentées par le Procureur et des témoignages à la barre font état et qui pourraient être qualifiés «soit de crimes contre l'humanité, soit d'infractions graves ou crimes de guerre» (52). Le second concerne le nettoyage ethnique qui «a pris, en l'espèce, la forme d'actes discriminatoires d'une gravité extrême, qui tendrait à mettre en évidence son caractère génocidaire» (53). Cette «invitation», qu'il est difficile de relier à un article spécifique du Statut ou du Règlement, mais qui n'est pas forcément contraire à leur esprit, paraît suffisamment légitimée par la tenue d'une audience publique et l'audition de témoins.

Enfin l'article 61 du Règlement offre un intérêt supplémentaire : si le Procureur établit à l'audience que le défaut d'exécution est imputable à un Etat, la Chambre en dresse le constat judiciaire et le Président «en informe le Conseil de sécurité selon les modalités les plus opportunes, après consultation des deux Présidents de Chambre» (54). Ainsi à la suite de l'examen de l'acte d'accusation porté contre Dragan Nikolic, la Chambre de première instance a mis en cause l'administration de Pale pour son absence de coopération. Ces conclusions, transmises par le Président du Tribunal dans une lettre du 31 octobre 1995, ont trouvé un faible écho dans la résolution 1019(1995) du Conseil de sécurité en date du 9 novembre 1995 (55).

## 2.2. Les droits du suspect et de l'accusé

Le Procureur convoque et interroge les suspects, entend les victimes et les témoins; il peut, en cas d'urgence, demander à tout Etat de procéder à une arrestation, de saisir des éléments de preuve matériels, d'empêcher

(51) Décision *Nikolic*, § 25. L'incrimination pour crime contre l'humanité serait dès lors principale, celles pour crimes de guerre seraient subsidiaires.

(52) Décision *Nikolic*, § 33.

(53) Décision *Nikolic*, § 34. La Chambre note également les dires de certains témoins présents à l'audience et rapportant les propos de l'accusé suivants, qui semblent démontrer une intention génocidaire spécifique : «Vous musulmans n'avez jamais existé, ou vous n'existerez jamais. Je vous détruirai, je trancherai vos gorges, je vous massacrerai tous» (*ibid.*).

(54) Le Président doit donc informer le Conseil de sécurité («shall notify» dans la version anglaise); alors que dans les autres cas, le Tribunal, par son intermédiaire, en a seulement la faculté.

(55) La lettre du Président est évoquée dans le Préambule de la résolution et le Conseil y exprime son soutien au Tribunal. Dans le paragraphe 8, le Conseil rappelle à *tous les Etats* leur obligation de coopérer avec le Tribunal. L'objet de la lettre du Président, qui visait une autorité spécifique, est ainsi dissout dans un discours plus général. Le paragraphe 9, quant à lui, s'adresse spécifiquement aux Serbes de Bosnie, mais uniquement à propos de la préservation des preuves de violations du droit international humanitaire.

l'intimidation des victimes ou des témoins(56). Parallèlement, le suspect dispose de droits importants. Avant d'être interrogé, il est informé qu'il a droit à l'assistance d'un conseil ou, s'il est indigent, à la commission d'office d'un conseil à titre gratuit(57), qu'il a droit à l'assistance gratuite d'un interprète, qu'il peut garder le silence et que ses déclarations seront enregistrées et pourront être utilisées comme moyen de preuve(58). L'interrogatoire doit être effectué en présence du conseil du suspect, à moins que celui-ci n'ait renoncé à ce droit. Cependant, l'absence de disposition relative à la mise en détention des suspects risque de poser des problèmes délicats, alors même que de telles dispositions existent de manière à faire transférer momentanément au Tribunal des témoins détenus par des autorités nationales(59). A cet égard, l'affaire du général D. Djukic est révélatrice : arrêté le 6 février 1996 et remis au Tribunal par la Bosnie-Herzégovine le 12 février 1996 comme témoin-détenu(60), il n'a été mis en accusation que deux semaines plus tard(61). Entre-temps, il pouvait être entendu par le Procureur comme témoin.

Après la mise en accusation et la comparution initiale, l'interrogatoire de l'accusé par le Procureur répond aux mêmes conditions que l'interrogatoire du suspect(62). L'accusé, une fois transféré au Tribunal, est soit placé en détention préventive, soit mis en liberté provisoire(63). Surtout, le Règlement insiste sur les droits de l'accusé aux fins de préparer sa défense : toutes les pièces du dossier doivent être communiquées à la Défense par le Procureur et les moyens de preuve échangés(64). Il existe cependant des exceptions notables visant à protéger la confidentialité de certaines pièces, de certaines informations ou de certaines sources(65).

Enfin, l'une ou l'autre des parties peut soulever des questions préjudicielles(66). Dans ce cadre, l'affaire *Tadic*, qui est la première à être arrivée à ce stade, a donné lieu à une véritable bataille de procédure. Dusan Tadic a été mis en accusation le 13 février 1995, pour des faits commis à l'intérieur comme à l'extérieur du camp d'Omarska en Bosnie orientale. Il a été transféré au siège du Tribunal le 24 avril 1995 par les autorités allemandes et sa comparution initiale a eu lieu le 26 avril 1995. Outre les exceptions relatives à la compétence du Tribunal(67), la Défense a soulevé le 23 juin

(56) Article 39 et 40 du Règlement.

(57) Articles 42, 44 et 45 du Règlement, complétés par la Directive relative à la commission d'office de conseil de la défense, directive n° 1/94, amendée le 30 janvier 1995, IT/73/Rev.2. A propos de ces règles, voir la critique doctrinale relative au montant des honoraires perçus par l'avocat commis d'office de Jan M. Sjöcrona, « The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia : Some Introductory Remarks From a Defence Point of View », *Leiden Journal of International Law*, 1995, vol. 8, pp. 467s.

(58) Les modalités de l'enregistrement des interrogatoires des suspects sont précisées à l'article 43 du Règlement.

(59) Article 90<sup>bis</sup> du Règlement.

(60) Case No. IT-96-19-Misc.1, Transfer Order for General Djorde Djukic and Colonel Aleksa Krsmanovic, 12 February 1996.

(61) Case No. IT-96-20-I, *Dorde Dukic*, Decision on the Review of the Indictment, 29 February 1996.

(62) Article 63 du Règlement.

(63) Articles 64 et 65 du Règlement.

(64) Articles 66 à 68 du Règlement, directement inspirés de la procédure anglo-saxonne de « disclosure ».

(65) Articles 66 (C) et 70 (B) du Règlement. Il s'agit de faciliter l'obtention de renseignements des gouvernements et d'autres sources confidentielles ; cf. le deuxième rapport annuel du Tribunal, *op. cit. note (8)*, § 22.

(66) Article 72 du Règlement.

(67) Cf. *infra* II.

1995 des exceptions relatives au principe *non bis in idem* et à la forme de l'acte d'accusation. La première a été rejetée par la Chambre de première instance n° II le 14 novembre 1995 (68). Concernant la seconde, la Chambre a considéré que trois des chefs d'inculpation étaient insuffisamment précis (69). L'acte d'accusation a été amendé en conséquence par le Procureur le 14 décembre 1995 : le chef d'inculpation n° 1 pour crime contre l'humanité commis à l'encontre de la population du district de Prijedor a été précisé et le Procureur a renoncé aux chefs d'inculpation 2 et 3 (expulsion et expulsion illégale ou transfert ou détention illégale de civils). Restent 33 autres chefs d'inculpation qui concernent des événements ayant eu lieu à l'intérieur du camp de prisonniers d'Omarska, ou lors du transfert de prisonniers, ou lors de rafles dans deux villages bosniaques. Le procès devrait s'ouvrir le 7 mai 1996.

### 3. Le procès et les recours

#### 3.1. Le procès

L'article 74 du Règlement permet l'intervention lors du procès, et plus généralement lors de toute audience publique, si la Chambre le juge souhaitable, d'un tiers – Etat, organisation ou personne – grâce à la procédure d'*Amicus curiae*.

En matière de droit de la preuve, la Chambre de première instance (70) applique les règles « propres à parvenir, dans l'esprit du Statut et des principes généraux du droit, à un règlement équitable de la cause » (71). Cette disposition éclaire tous les articles relatifs à la preuve, notamment les témoignages, les aveux, la ligne de conduite délibérée, les éléments de preuve obtenus par des moyens contraires aux droits de la personne internationalement protégée, l'administration des preuves en matière de violences sexuelles (72). On peut noter cependant qu'il n'est pas exigé de faire la preuve de ce qui est de notoriété publique, la Chambre en dressant seulement le constat judiciaire (73). Les moyens de preuve sont présentés par les parties ; mais l'article 98 permet de plus à la Chambre elle-même d'ordonner la production de moyens de preuve supplémentaires et de citer de sa propre initiative des témoins à comparaître.

En ce qui concerne la protection des victimes et des témoins, les audiences, en principe publiques, peuvent avoir lieu à huis clos (74). La décision en revient à un juge ou une Chambre qui peut, d'une manière générale, « ordonner des mesures appropriées pour protéger la vie privée et la sécurité de victimes ou de témoins », dans le respect des droits de l'accusé. Ainsi, dans l'affaire *Tadic*, le Procureur a demandé à la Chambre de première instance n° II de prendre des mesures de protection en faveur de témoins

(68) Affaire No. IT-94-1-T, *Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion on the Principle of *non bis in idem*, 14 November 1995.

(69) Affaire No. IT-94-1-T, *Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion on the Form of the Indictment, 14 November 1995.

(70) Les dispositions applicables devant les Chambres de première instance sont applicables *mutatis mutandis* devant la Chambre d'appel (article 107 du Règlement).

(71) Article 89 (B) du Règlement.

(72) Articles 90, 92, 93, 95 et 96 du Règlement.

(73) Article 94 du Règlement.

(74) L'article 79 du Règlement répond ainsi au souci manifesté dans l'article 22 du Statut.

et victimes. La décision rendue à cette occasion permet de mesurer les difficultés rencontrées par le Tribunal afin d'assurer le caractère juste et équitable du déroulement du procès (75). La Chambre a admis la confidentialité des débats, qui auront donc lieu à huis clos, pour six témoins, ainsi que des mesures destinées à éviter un nouveau traumatisme à trois d'entre eux, victimes d'agressions sexuelles, lorsqu'ils seront interrogés (76). Mais c'est surtout la demande concernant l'anonymat qui posait les problèmes les plus délicats, puisque :

«(t)he International Tribunal has no long-term witness protection programme nor the funds to provide for one. In any event, any such programme could not be effective in protecting family members of witnesses in cases in which the family members are missing or held in camps» (76 bis).

La Chambre cherche alors à concilier la protection des témoins avec les droits de la défense en recourant à des garanties procédurales (77). D'une part l'identité des témoins à qui l'anonymat est accordé ne sera pas révélée à la Défense et, lors de leur déposition au procès, leur image et leur voix seront brouillées. D'autre part, les Juges devront pouvoir observer le comportement du témoin, ils devront connaître son identité et la Défense pourra poser toutes les questions qui ne concernent pas directement l'identité ou la situation présente du témoin (78). Après avoir admis le principe de l'anonymat, la Chambre examine les circonstances de la cause pour déterminer si une telle protection s'impose pour les six témoins en question. Plusieurs facteurs doivent alors être pris en compte : (i) il doit y avoir un réel danger pour la sécurité du témoin, ce que la nature des crimes allégués suffit à démontrer ; (ii) le témoignage doit être essentiel, ce qui a été démontré par le Procureur ; (iii) aucune information ne permet *prima facie* de conclure que les témoins ne seraient pas dignes de foi ; (iv) le Tribunal n'est pas en position d'assurer la protection des témoins après leur témoignage ; (v) aucune mesure moins restrictive ne suffit à assurer la protection demandée (79). La Chambre a en conséquence accordé l'anonymat à trois témoins, les mesures relatives à la confidentialité paraissant suffire pour les trois autres. La solution retenue paraît ainsi tout à fait adéquate. Cependant, dans une opinion dissidente très argumentée, le juge Stephen s'est fermement opposé à toute forme d'anonymat, ce qui conduit à relativiser le caractère «jurisprudentiel» de ces développements et peut laisser présager des approches différentes dans d'autres affaires.

Il convient enfin de souligner que la restitution des biens peut être ordonnée après jugement de culpabilité, en vertu des articles 88(B) et 105 du Règlement. L'indemnisation des victimes est également évoquée à l'article 106 du Règlement : les victimes ou leurs ayants droit peuvent intenter

(75) Affaire No. IT-94-1-T, *Dusko Tadic*, Protective Measures for Victims and Witnesses, 10 August 1995, § 55 : «A fair trial means not only fair treatment to the defendant but also to the prosecution and to the witnesses».

(76) Ils pourront déposer sans être confrontées à l'accusé, grâce soit à l'installation d'un écran provisoire dans la salle d'audience, soit à l'utilisation d'un circuit de télévision fermé.

(76 bis) Décision précitée (note 75), § 65.

(77) La Chambre de première instance s'inspire en cela de l'arrêt de la CEDH, *Kostovski c./Pays-Bas*, arrêt du 20 novembre 1989, A n° 166, § 39.

(78) Décision précitée (note 75), § 71. La Défense pourra ainsi demander comment le témoin a obtenu ses informations, à moins que cela ne permette d'en déduire son identité – notamment en révélant les surnoms utilisés à l'intérieur du camp. L'identité des témoins sera révélée lorsqu'il n'y aura plus de raisons de craindre pour leur sécurité.

(79) *Ibid.*, §§ 62-66 et 71.

une action devant une juridiction nationale ou toute autre institution compétente sur la base d'un jugement rendu par le Tribunal, et « conformément aux législations nationales » (ce qui reste très aléatoire (80)).

### 3.2. *Les recours*

Précisant les articles 25 à 28 du Statut, le Règlement détermine les conditions du recours en appel, de la demande de révision et de la grâce (ou commutation de peine) (81). En ce qui concerne les deux derniers, le rôle des Chambres et du Président se poursuit bien au-delà du jugement définitif. Ceci conduit à s'interroger sur la durée de vie du Tribunal, dont il a été souligné à l'envie qu'elle pouvait fort bien être courte. A partir du moment où le Tribunal aura prononcé un jugement définitif, son existence s'inscrira dans la durée. Une suppression nécessitera à tout le moins que les traces de cette existence continuent d'être gérées d'une façon ou d'une autre de manière à respecter les droits du condamné; et la meilleure façon serait peut-être la dilution dans une Cour criminelle internationale permanente si celle-ci voit le jour et donne des garanties satisfaisantes.

## II. – LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL

Dans le cadre de l'affaire Tadic, la Défense a soulevé des exceptions préliminaires relatives à la compétence du Tribunal. L'examen de ces exceptions a donné lieu à deux importantes décisions rendues respectivement le 10 août 1995 par la Chambre de première instance (82) et le 2 octobre 1995 par la Chambre d'appel (83). Au-delà de l'affaire en cause, ces deux décisions présentent un caractère « fondateur » pour toutes les affaires à venir en ce qui concerne la licéité de la création du Tribunal, sa primauté sur les tribunaux internes et sa compétence *ratione materiae* (à l'exception du crime de génocide).

### 1. *Licéité de la création du Tribunal*

#### 1.1. *Compétence du Tribunal pour procéder à un tel contrôle*

Plusieurs objections ont été soulevées par la Défense quant à la licéité de la création du Tribunal. Alors que la Chambre de première instance, dont l'argumentation était reprise par le Procureur devant la Chambre d'appel (84), avait refusé d'effectuer un contrôle de la validité des résolutions

(80) Cf. J.C. O'BRIEN, *op. cit. note (1)*, p. 644, qui espérait que « (t)he tribunal may itself arrange for compensation, as it has the authority to order the return of property and to consider restitution in its sentencing decisions ». La solution retenue paraît plus réaliste.

(81) Articles 107 à 122 du Règlement.

(82) Décision de la Chambre de première instance n° II dans l'affaire *Dusko Tadic* du 10 août 1995, IT-94-I-T (ci-après « la décision de première instance »).

(83) Décision de la Chambre d'appel du Tribunal du 2 octobre 1995 dans l'affaire *Dusko Tadic*, IT-94-I-AR72, « *Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction* » (ci-après « la décision d'appel »).

(84) Prosecutor Trial Brief, at 10-14; décision de première instance, §§ 7-13; telle était également la position des États-Unis intervenus comme *amicus curiae* en première instance (*Amicus Curiae* Brief Presented by the Government of the United States of America, 25 July 1995, Case No. IT-94-I-T, *Dusko Tadic*).

808 et 827 (1993) du Conseil de sécurité, la Chambre d'appel, elle, y procède et répond de la façon la plus complète à toutes les objections soulevées (85). Elle met ainsi en œuvre une procédure de contrôle par voie d'exception. C'est la première fois qu'un tel contrôle est effectué, au contentieux, devant une juridiction internationale; il s'agissait sans aucun doute d'une nécessité aux fins d'établir la légitimité et l'indépendance du Tribunal (86).

Selon la Chambre de première instance, la validité de la création du Tribunal n'est pas véritablement une question de compétence parce que les véritables questions de compétence, *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione loci*, « are properly described as jurisdictional » dans le Statut (87). A l'inverse, pour la Chambre d'appel, le fait qu'il n'y ait pas, dans le Statut du Tribunal, d'habilitation expresse à effectuer un tel contrôle n'empêche pas le Tribunal de se prononcer en s'appuyant sur la spécificité de la fonction judiciaire (88). En effet, un tribunal possède nécessairement la compétence de sa compétence; il lui appartient de déterminer sa propre compétence, principe que seule une *restriction expresse* pourrait limiter (89). Ainsi :

« As no such limitative text appears in the Statute of the International Tribunal, the International Tribunal can and indeed has to exercise its 'compétence de la compétence' and examine the jurisdictional plea of the Defense, in order to ascertain its jurisdiction to hear the case on the merits » (90).

Appliquant cette théorie, la Chambre d'appel est amenée à se reconnaître une « incidental jurisdiction » (91) – par opposition à une « primary jurisdic-

(85) Seul le juge Li s'y oppose dans son opinion individuelle, pp. 1-2, se contentant de reprendre les arguments du Procureur et concluant de façon lapidaire que « this review is *ultra vires* and unlawful ».

(86) Décision d'appel, § 13 : « In sum, if the International Tribunal were not validly constituted, it would lack the legitimate power to decide in time or space or over any person or subject-matter ». Une objection semblable avait été formulée par la Défense au procès de Nuremberg, dans une requête collective présentée le 19 novembre 1945 et rejetée au motif qu'elle contrevient à l'article 3 du Statut du Tribunal selon lequel « [n]i le Tribunal, ni ses membres, ni leurs suppléants ne pourront être récusés par le Ministère public, par les accusés ou par les défenseurs (...) »; cf. *Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international, textes officiels en langue française*, tome I, *Documents officiels*, Nuremberg, 1947, p. 178. Au demeurant, dans le jugement même, le Tribunal de Nuremberg a légitimé son existence en affirmant : « Le Statut ne constitue pas l'exercice arbitraire, par les nations victorieuses, de leur suprématie. Il exprime le Droit international en vigueur au moment de sa création (...). En agissant ainsi, ces puissances ont fait ensemble ce que chacune d'elles pouvait faire séparément. La faculté de sanctionner le droit par la création de juridictions spéciales est une prérogative commune à tous les États » (*ibid.*, p. 230).

(87) Décision de première instance, § 4.

(88) Decision d'appel, § 15 : « the Security Council not only decided to establish a subsidiary organ (...), it also clearly intended to establish a special kind of 'subsidiary organ': a tribunal ». La Chambre s'appuie également sur l'avis de la CIJ relatif aux *Effets des jugements du TANU*, *Rec. 1954*, p. 47.

(89) Décision, pp. 8-9. Voir également affaire *Nottebohm*, *Rec. 1953*, p. 119 : « Depuis l'affaire de l'Alabama il est admis, conformément à des précédents antérieurs, qu'à moins de convention contraire, un tribunal international est juge de sa propre compétence et a le pouvoir d'interpréter à cet effet les actes qui gouvernent celle-ci ». Pour l'étude des précédents, G. BERLIA, « Jurisprudence des tribunaux internationaux en ce qui concerne leur compétence », *RCADI*, 1955-II, vol. 88, pp. 119-126. Il s'agirait également d'un principe général de droit selon Georges SCHELLE, rapporteur du projet de procédure arbitrale élaboré par la Commission du droit international, Nations Unies, Assemblée générale, *Documents officiels*, 7<sup>e</sup> session, supplément n° 9 (A/2163). Voir aussi sir Gerald FITZMAURICE, *The Law and Procedure of the ICJ*, Grotius Publications, Cambridge, 1986, vol. 2, pp. 451-454.

(90) Décision d'appel, § 19.

(91) Décision d'appel, § 21.



tion» – qui existe toujours en droit, même si en pratique l'étendue du pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité en limite singulièrement la portée (92).

D'autre part, la Chambre d'appel rejette un argument fondé sur la jurisprudence de la CIJ, dont l'interprétation par la Chambre de première instance était clairement erronée. La Cour internationale de Justice a certes refusé, dans son avis de 1971 sur la Namibie, de s'arroger le pouvoir de contrôle judiciaire sur les résolutions des organes internationaux (93). Mais si elle refuse d'effectuer un contrôle par voie d'action, elle accepte d'examiner les résolutions par voie d'exception – et le fait effectivement – lorsque cela est nécessaire à l'exercice de sa fonction judiciaire (94).

Sur la base de ce raisonnement, la Chambre d'appel apprécie la licéité des résolutions instituant le Tribunal.

## 1.2. *Contrôle de licéité des résolutions 808 et 827 du Conseil de sécurité*

### 1.2.1. Rejet de la théorie des questions non-justiciables

La Chambre de première instance avait fait appel au concept de non-justiciabilité pour refuser de contrôler la licéité des résolutions, estimant qu'elles relevaient avant tout d'une appréciation politique, celle du Conseil de sécurité. De façon étrange pour une décision internationale, elle s'appuyait pour cela sur une définition contenue dans une décision de justice américaine (95).

La Chambre d'appel rejette catégoriquement cet argument en s'appuyant sur la jurisprudence de la C.I.J. et en constatant que ces doctrines «have receded from the horizon of contemporary international law» (96).

### 1.2.2. Les conditions de licéité des résolutions

Si l'on s'en tient à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, l'examen des conditions de licéité d'une résolution d'un organe international

(92) Décision d'appel, § 21 *in fine* : «Obviously, the wider the discretion of the Security Council under the Charter of the United Nations, the narrower the scope for the International Tribunal to review its actions, even as a matter of incidental jurisdiction. Nevertheless, this does not mean that the power disappears altogether, particularly in cases where there might be a manifest contradiction with the Principles and Purposes of the Charter».

(93) Décision de première instance, § 11.

(94) Décision d'appel, § 21, s'appuyant sur l'avis de la CIJ dans l'affaire de la *Namibie*, *Rec.* 1971, p. 45. Voir également le mémoire *d'amicus curiae* de «Juristes sans Frontières» (IT-94-1 - AR72, 1<sup>er</sup> septembre 1995), pp. 7-13, et plus généralement Hubert THIERRY, «Les résolutions des organes internationaux dans la jurisprudence de la CIJ», *RCADI*, 1980-II, vol. 167, pp. 385-450. Sur ces questions qui ont resurgi récemment à propos de l'affaire *Lockerbie*, cf. Geoffrey R. WATSON, «Constitutionalism, Judicial Review, and the World Court», *Harvard International Law Journal*, vol. 34, n° 1, hiver 1993, pp. 1-45 ; M. BEDJAOUI, *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de sécurité*, Bruylant, 1994, 634 p. ; *Le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, colloque de Rennes de la Société française pour le Droit international, Pedone, 1995, pp. 221-309.

(95) Décision de première instance, §§ 23-24. Il s'agit de l'affaire *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 217 (1962). D'une façon plus générale, on peut remarquer – et regretter – que le raisonnement de la Chambre de première instance, les sources sur lesquelles elle se fonde, les citations soient exclusivement d'origine et de «tonalité» anglo-saxonnes et, singulièrement, américaines, la Chambre, présidée par le Juge ressortissant des États-Unis, M<sup>me</sup> McDONALD, oubliant visiblement sa nature de juridiction *internationale*.

(96) Décision d'appel, § 24. Pour la jurisprudence de la CIJ, cf. *Certaines dépenses*, *Rec.* 1962, p. 151. D'une façon plus générale, voir Hersch LAUTERPACHT, «La théorie des différends non-justiciables en droit international», *RCADI*, 1930-IV, vol. 34, pp. 493-654, et notamment la conclusion p. 649 : «La division des conflits entre États en justiciables et non-justiciables est, lorsqu'on entend lui donner pour base la nature intrinsèque des différends internationaux et des relations internationales, juridiquement insoutenable, logiquement erronée et pratiquement inutile».

n'est possible que si des objections ont été soulevées par les parties à l'instance (97). Celles soulevées par la Défense relative à la « constitutionnalité » (98) de la mesure étaient de deux types : la conformité au droit de la Charte et la conformité au droit international général.

A) La conformité de la création du Tribunal au droit de la Charte.

La Chambre d'appel s'assure de la correcte application du droit de la Charte par le Conseil de sécurité lors de la création du Tribunal. Cependant, sa démarche est compliquée par l'absence de référence explicite du Conseil de sécurité à la disposition de la Charte sur laquelle il fonde sa compétence, si ce n'est la référence au Chapitre VII. Il est ainsi contraint de reprendre les deux étapes juridiques conduisant à l'adoption d'une décision : la détermination de la situation permettant l'utilisation des pouvoirs exceptionnels du Chapitre VII (qualification de l'article 39) puis la détermination des mesures nécessaires.

– La mise en œuvre du Chapitre VII.

Dans ce cadre, la Chambre d'appel vérifie l'existence d'une situation constituant une menace contre la paix et la sécurité internationales. Cependant un tel contrôle doit demeurer dans des limites étroites afin de ne pas empiéter sur le pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité qui s'exerce essentiellement dans le cadre de la qualification juridique des faits. La démarche du Tribunal est à cet égard exemplaire puisqu'il procède « négativement », justifiant la marge d'appréciation du Conseil de sécurité en vérifiant qu'elle ne sort pas du cadre de la licéité. Pour cela, il constate l'existence d'un conflit armé (99) et affirme que ceci suffit à justifier la qualification de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression, indépendamment de la nature internationale ou interne du conflit : un conflit international rentre nécessairement dans la catégorie de rupture de la paix et un conflit interne peut être considéré comme une menace contre la paix compte-tenu de la pratique du Conseil de sécurité. Ce dernier point est d'autant plus remarquable qu'il constitue une « consolidation jurisprudentielle » d'une pratique qui reste contestée en doctrine ou que celle-ci s'efforce de relier à d'autres critères considérés comme essentiels pour établir la compétence du Conseil, comme le risque de déstabilisation régionale résultant de l'afflux de réfugiés (100).

(97) Avis de 1971 sur la Namibie, *Rec.* 1971, p. 45. B. BOLLECKER-STERN, in « L'avis consultatif du 21 juin 1971 », *AFDI*, p. 299, estime cependant que, en posant une telle condition, l'avis sur la Namibie restreint le principe.

(98) Le terme, utilisé par la Décision d'appel (p.11), n'est peut-être pas des plus heureux en droit international. Cf. notamment les critiques de G. ARANGIO-RUIZ, « The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations », *RCADI*, 1972-III, vol. 137, pp. 419-742, et en particulier l'« Appendix on the Concept of International Law and the Theory of International Organization », pp. 629-731, *passim*.

(99) Décision d'appel, § 30. La question de l'existence d'un conflit armé est abordée plus en détails à propos de la compétence *ratione materiae* du Tribunal. De plus, l'opinion individuelle du juge Sidhwa complète largement la décision sur ce point en retraçant les faits qui, depuis le 4 mai 1980, date de la mort de Tito, ont conduit à l'établissement du Tribunal.

(100) Décision d'appel, § 30 : « But even if it were considered merely as an « internal armed conflict », it would still constitute a 'threat to the peace' according to the settled practice of the Security Council and the common understanding of the United Nations membership in general. Indeed, the practice of the Security Council is rich with cases of civil war or internal strife which it classified as a 'threat to the peace' and dealt with under Chapter VII, with the encouragement or even at the behest of the General Assembly, such as the Congo crisis at the beginning of the 1960s and, more recently, Liberia and Somalia. It can thus be said that there is a common understanding, manifested by the 'subsequent practice' of the membership of the United Nations at large, that the 'threat to the peace' of the Article 39 may include, as one of its species, internal armed conflicts ».

Par ailleurs, la Chambre souligne que le défendeur lui-même a renoncé à contester le pouvoir du Conseil de sécurité de procéder à la qualification. En revanche, en ce qui concerne les mesures qu'il adopte en conséquence, il en conteste aussi bien la légalité que le caractère approprié(101).

– Les mesures mises en œuvre.

Après la qualification opérée dans le cadre de l'article 39, la Chambre d'appel constate que Conseil de sécurité est libre de choisir le mode de réaction approprié, c'est-à-dire l'adoption soit de « mesures », soit de « recommandations ». Dans ce dernier cas il aurait décidé de retourner au Chapitre VI de la Charte(102). Cette affirmation emporte deux conséquences. La première est la confirmation du pouvoir discrétionnaire du Conseil en la matière, la qualification d'une situation de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression, n'emportant pas automatiquement l'application de mesures coercitives. La seconde est le refus de reconnaître au Conseil le pouvoir d'adopter de simples recommandations dans le cadre même du Chapitre VII. En refusant cette possibilité, cette interprétation simplifiée (de manière au demeurant fort discutable) la lecture des articles relatifs aux pouvoirs du Conseil de sécurité, tout en laissant dans l'ombre l'article 40 sur les mesures provisoires.

La Chambre d'appel réaffirme ensuite le caractère obligatoire des décisions prises dans le cadre du Chapitre VII et rattache la création du Tribunal à l'article 41. Le fait que les exemples de mesures énoncés dans l'article relèvent du domaine économique ou politique, et non judiciaire, ne constitue pas un obstacle, la liste n'étant pas exhaustive(103). Quant à l'objection selon laquelle l'article 41 concernerait des mesures qui devraient être mises en œuvre par les Etats et non par l'Organisation elle-même *via* ses organes, la Chambre y répond en relevant que si l'Organisation peut entreprendre des mesures indirectement par le biais des Etats, elle peut *a fortiori* le faire directement par ses propres organes(104).

En ce qui concerne le caractère approprié de la mesure prise, à savoir la création du Tribunal, la décision d'appel constate seulement que :

« Article 39 leaves the choice of means and their evaluation to the Security Council, which enjoys wide discretionary powers in this regard ; and it could not have been otherwise, as such a choice involves political evaluation of highly complex and dynamic situations »(105).

(101) Décision d'appel, § 30.

(102) Décision d'appel, § 29.

(103) Décision d'appel, § 35. Le fait avait déjà été souligné par la Commission Truche, Doc. NU, S/25266 (1993), § 39.

(104) Décision d'appel, § 36.

(105) Décision d'appel, § 39. Un autre argument soulevé par la Défense consistait à démontrer le caractère inapproprié par l'absence d'effets de l'action du Tribunal après sa création sur le règlement de la crise. A cela, la Chambre répond : « It would be a total misconception of what are the criteria of legality and validity in law to test the legality of such measures *ex post facto* by their success or failure to achieve their ends (in the present case, the restoration of peace in former Yugoslavia, in quest of which the establishment of the International Tribunal is but one of many measures adopted by the Security Council) » (§ 39). Même l'absence complète d'effectivité quelconque n'aurait pas un tel effet.

Ayant établi ainsi l'existence d'un large pouvoir discrétionnaire du Conseil de sécurité, la Chambre conclut à la licéité de la création du Tribunal (106).

B) La conformité de la création du Tribunal au droit international général.

Pour contester la conformité de la création du Tribunal au droit international général la Défense s'appuyait essentiellement sur le principe que tout tribunal doit être établi par la loi. La Chambre de première instance, qui s'était pourtant déclarée incompétente pour examiner les résolutions du Conseil de sécurité, s'était engagée sans l'avouer clairement dans l'examen de cette objection (107) en s'interrogeant sur la conformité des actes du Conseil au *jus cogens*. Selon elle,

«None of the hypothetical cases which commentators have suggested as examples of limits on the powers of the Security Council, whether imposed by the terms of the Charter or general principles of international law and, in particular, *jus cogens*, have any relevance to the present case» (108).

Bien que l'allusion soit succincte, elle constituait une révolution dans la jurisprudence internationale, laquelle a rarement employé l'expression (108 bis). Une telle innovation n'a pas été confirmée par la Chambre d'appel. Il est vrai que le lien avec une question de compétence n'était pas des plus évidents.

La Chambre d'appel s'est concentrée sur ce qui constituait l'objection de la Défense : le principe général selon lequel tout tribunal doit être établi par la loi, principe que l'on peut du reste peut-être considérer comme impératif. La Défense s'appuyait, pour en démontrer l'existence, sur l'article 14, paragraphe 1, du Pacte international sur les droits civils et politiques,

(106) Pour une critique de la licéité de l'établissement du Tribunal, voir notamment Gaetano ARANGIO-RUIZ, A/CN.4/SR.2277 ; Bernhardt GRAEFRATH, «Jugoslawientribunal – Präzedenzfall trotz fragwürdiger Rechtsgrundlage», *Neue Justiz*, 1993, n° 10, pp. 433-480. Ce dernier s'appuie notamment sur G. COHEN-JONATHAN, in *La Charte des Nations Unies*, commentaire sous la dir. de J.-P. COT et A. PELLET, Economica, 1991, p. 664 : «Précisons, toutefois, que le pouvoir de décision du Conseil de sécurité n'est pas absolu. Son contenu est déterminé par les termes des articles 40 et 41 même interprétés largement. En particulier, le Conseil de sécurité ne saurait imposer une méthode de règlement des différends et *a fortiori* les termes d'un règlement». Les critiques se concentrent ainsi sur la fonction essentiellement exécutive du Conseil de sécurité : celle-ci n'ayant une compétence ni législative, ni juridictionnelle, il ne saurait créer un tribunal, ce qui constituerait une activité législative, et lui transférer un pouvoir juridictionnel que lui-même ne possède pas. Même si l'on considère que la théorie des fonctions est adaptée au droit international, ce que l'on peut discuter, la Chambre d'appel répond à l'objection de manière convaincante au § 38 : «The establishment of the International Tribunal by the Security Council does not signify, however, that the Security Council has delegated to it some of its own functions or the exercise of some of its own powers. Nor does it mean, in reverse, that the Security Council was usurping for itself part of a judicial function which does not belong to it but to other organs of the United Nations according to the Charter. The Security Council has resorted to the establishment of a judicial organ in the form of an international criminal tribunal as an instrument for the exercise of its own principal function of maintenance of peace and security (...). Par ailleurs, le Tribunal s'occupant de responsabilité pénale des individus, le terme de «règlement des différends» (inter-étatiques) n'est pas applicable et ce n'est pas le Conseil lui-même qui juge mais un *juge* par lui institué. Sur ce dernier point, voir, *mutatis mutandis*, l'avis de la CIJ relatif aux *Effets des jugements du TANU*, Rec. 1954, p. 61.

(107) Décision de première instance, § 14-40.

(108) *Ibid.*, p. 9, § 17. Poursuivant son étrange construction, la Chambre de première instance se hâtait de poursuivre : «Moreover, even if there be such limits, that is not to say that any judicial body, let alone this International Tribunal, can exercise powers of judicial review to determine whether, in relation to an exercise by the Security Council of powers under Chapter VII, those limits have been exceeded».

(108 bis) V. cependant les exemples cités in Patrick DAILLIER et Alain PELLET, *Droit international public* (Nguyen Quoc Dinh), L.G.D.J., 1994, p. 202.

l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme et sur l'article 8, paragraphe 1, de la Convention américaine relative aux droits de l'homme. La Chambre, quant à elle, ne se fonde pas sur ces instruments, car elle estime que le principe général qu'ils énoncent s'applique uniquement à « the administration of criminal justice in a municipal setting » (109). Pour autant, cela ne signifie pas qu'un principe général semblable n'existe pas lorsqu'un « groupe de gouvernements » décide de créer un tribunal pénal international :

« This does not entail however that, by contrast, an international criminal court could be set up at the mere whim of a group of governments. Such a court ought to be rooted in the rule of law and offer all guarantees embodied in the relevant international instruments. Then the court may be said to be 'established by law' » (110).

Il n'est pas clairement établi s'il s'agit là d'un principe général de droit – qui s'appuyerait sur les droits nationaux sans référence aux conventions citées comme preuves – ou d'un principe propre au droit international « découvert » par le juge international. La position est d'autant plus ambiguë que dans l'interprétation qui est ensuite faite du terme « loi », le Tribunal écarte explicitement la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme, laquelle marque la pratique des Etats parties à la CEDH, à savoir la loi comme acte émanant d'un Parlement (111). Il retient par ailleurs une seconde interprétation selon laquelle « établi par la loi » signifierait établi par un organe habilité à prendre des décisions obligatoires – ce qui est le cas du Conseil dans le cadre du Chapitre VII – et une troisième selon laquelle cela signifierait conforme à la « rule of law », interprétation qui a sa préférence et qu'il relie au Pacte international sur les droits civils et politiques (112). Le Pacte et la « jurisprudence » du Comité des droits de l'homme sont cependant évoqués ici uniquement dans le cadre international et non comme preuve d'un principe venu des droits internes des Etats; ils constituent de plus un élément parmi d'autres liés plus largement à l'idée de justice (113).

Ayant établi l'existence d'un « principe général » du droit international qui s'impose aux organes internationaux pour la création d'un tribunal pénal international, la Chambre d'appel vérifie ensuite le respect d'un tel principe en s'appuyant sur le Statut du Tribunal et le Règlement de procédure et de

(109) Décision, p. 21, au § 42. Une question semblable se pose d'ailleurs en ce qui concerne le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale.

(110) *Ibid.*

(111) Voir *Zand c./Autriche*, affaire n° 7360/76, 15 Commission *Dec&Rep.* 70, at. 80 (1979); *Piersack c./Belgique*, affaire n° 8692/79, 47, Cour, série B, at. 12 (1981); *Crociani, Palmiotti, Tanassi et D'Ovidio c./Italie*, affaire n° 8603/79, 8722/79, 8723/79 et 8729/79, 22 Commission, *Dec&Rep.*, at. 219 (1981). Une telle définition est jugée par la Chambre incompatible avec l'absence de séparation claire des fonctions en droit international en général et dans les organisations internationales comme les Nations Unies en particulier (Décision d'appel, § 43).

(112) Décision, § 45, analyse des travaux préparatoires, du Commentaire général de l'article 14 effectué par le Comité des droits de l'homme (in CDH, 43<sup>e</sup> session, Supplément n° 40, § 4, NU, Doc.A/43/40 1988) et référence à l'affaire *Cariboni c./Uruguay*, CDH 159/83, 39<sup>e</sup> session, Suppl. n° 40, NU, Doc.A/39/40. Le Tribunal constate ensuite qu'une solution semblable prévaut dans la « jurisprudence » de la Commission interaméricaine (Inter-Am CHR, Annual Report 1972, OEA/Ser. P, AG/doc. 305/73 rev. 1, 14 March 1973, at. 1; Inter-Am CHR, Annual Report 1973, OEA/Ser. P, AG/doc. 409/174, 5 March 1974, at. 2-4).

(113) Décision, § 45 : « For a tribunal such as this one to be established according to the rule of law, it must be established in accordance with the proper international standards; it must provide all the guarantees of fairness, justice and even-handedness, in full conformity with internationally recognized human rights instruments ».

preuve(114). La réponse fournie va en réalité au-delà de l'objection soulevée qui était de caractère procédural et à laquelle la seconde interprétation, que l'on peut qualifier de « formaliste », répondait de façon suffisante(115). Ainsi, la Chambre d'appel saisit l'occasion de la première affaire dont elle avait à connaître pour soulever d'office des questions concernant les garanties essentielles qui doivent s'attacher à l'établissement d'une juridiction pénale internationale, esquissant ainsi l'embryon d'une véritable théorie de l'ordre public international.

## 2. Primauté du Tribunal sur les tribunaux internes

La Défense soulevait dans l'affaire *Tadic* une deuxième exception relative à la primauté du Tribunal sur les juridictions nationales (article 9, paragraphe 2, du Statut) et affirmant que cette primauté était contraire à la souveraineté des Etats(116).

La Chambre de première instance avait rejeté l'exception au motif qu'elle ne pouvait de toutes façons pas contrôler une résolution du Conseil de sécurité et que, au surplus, seul un Etat souverain pouvait soulever ce type d'objection(117). La Chambre d'appel refuse cette approche frileuse en estimant qu'un accusé doit pouvoir soulever devant une juridiction internationale toutes les objections nécessaires à sa défense(118).

L'exception est cependant également rejetée par la Chambre d'appel, au motif essentiel que la primauté du Tribunal, créé en vertu du Chapitre VII, peut s'appuyer sur l'article 2, paragraphe 7, de la Charte qui admet cette exception au principe de la compétence nationale. Qui plus est, la nature même des crimes implique qu'à partir du moment où un tribunal international est créé, il ait primauté sur les juridictions nationales(119). Ces arguments paraissent amplement suffire à rejeter l'objection relative à la souveraineté des Etats, sans qu'il soit besoin comme le fait la Chambre d'appel d'invoquer des éléments démontrant la volonté des Etats de coopérer(120).

La Défense évoquait également le principe *jus de non evocando*, qu'elle interprète comme signifiant que l'accusé a un droit *exclusif* à être poursuivi par son juge naturel, ici le juge national. En fait un tel principe a surtout une portée interne. De plus, il n'apparaît pas dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme et vise surtout à éviter la création de juridictions d'exception ne garantissant pas un procès équitable, ce qui n'est pas le cas du Tribunal(121).

(114) Décision, § 46.

(115) La seule référence au droit international général reste en effet assez vague, *in* Brief to support the Notice of (interlocutory) Appeal, § 5.2. : « The defence holds however that in case of a threat to international peace and security in the former Yugoslavia, any measure of the Security Council to address such threats is by its nature limited by the powers granted by the Charter of the United Nations to this Council and further bound by the present state of international law » (italiques ajoutées).

(116) Case No. IT-94-I-T, *Dusko Tadic*, Defence Motion on the Jurisdiction of the Tribunal, 23 June 1995, § 2.

(117) Case No. IT-94-I-T, *Dusko Tadic*, Decision on the Defence Motion, Jurisdiction of the Tribunal, 10 August 1995, § 41. Le second argument s'appuyait sur un passage du jugement de la Court (de district) de Jérusalem dans l'affaire *Eichmann*.

(118) Décision d'appel, § 55.

(119) Décision d'appel, §§ 58-59.

(120) Décision d'appel, § 56.

(121) Décision d'appel, § 61-64.

La décision d'appel a ainsi justifié la primauté du Tribunal sur les juridictions nationales. Il va sans dire que la compétence des Etats aux fins de juger les personnes responsables de violations du droit international humanitaire reste possible, et est même très largement souhaitable (122). En effet, le nombre extrêmement élevé des violations devrait inciter le Tribunal à se concentrer sur les cas les plus exemplaires. Au surplus, il est bon que les pays déchirés par des conflits du type de celui qui a affecté l'ex-Yougoslavie « réapprennent » l'Etat de droit et exercent eux-mêmes, dans toute la mesure du possible, leur juridiction en matière pénale (123). Surtout, la création de juridictions pénales internationales dans le cadre du Chapitre VII devrait en toute logique conduire le procureur à s'intéresser prioritairement aux violations mettant le plus gravement en danger la paix et la sécurité internationales, celles imputables aux individus agissant en tant qu'organes d'Etat et occupant le niveau hiérarchique le plus élevé.

### 3. *Compétence ratione materiae*

La décision d'appel revêt une importance fondamentale quant à la compétence *ratione materiae* du Tribunal. En effet, on pouvait penser qu'à l'occasion de cette première affaire la Chambre d'appel éclaircirait le sens des articles 2, 3 et 5 du Statut de manière à orienter aussi bien l'action du Procureur que celle des Chambres de première instance. Cette attente n'est que partiellement comblée. En effet, en admettant l'existence de plusieurs types de conflits à l'intérieur du conflit yougoslave, la Chambre d'appel met fin à un certain nombre d'incertitudes, mais risque de compliquer sérieusement la tâche des Juges lorsqu'ils statueront en vertu des articles 2 et 3 du Statut. Les développements relatifs à l'article 5 permettent, quant à eux, de préciser les critères du crime contre l'humanité. Enfin, la décision d'appel étend la compétence du Tribunal aux infractions aux accords liant les parties au conflit.

A titre préliminaire, la Chambre d'appel répond à une objection soulevée pour la première fois devant elle par la Défense selon laquelle il n'y avait aucun conflit armé au moment et au lieu des faits reprochés à M. Tadic. Cette objection s'appliquerait selon elle à tous les articles du Statut relatifs à la compétence *ratione materiae*, à l'exception de l'article 4 relatif au génocide, incrimination non retenue dans l'affaire Tadic (124). Mais la Chambre d'appel refuse de se laisser entraîner dans la voie d'une déconstruction temporelle et spatiale du conflit :

« the temporal and geographical scope of both internal and international armed conflicts extends beyond the exact time and place of hostilities » (125).

(122) Voir notamment Claude LOMBOIS, « De la compassion territoriale », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 1995, n° 2, avril-juin, pp. 399-403 ; Rafaëlle MAISON, « Les premiers cas d'application des dispositions pénales des Conventions de Genève par les juridictions internes », *JEDI*, vol. 6, 1995, n° 2, pp. 260-273 ; Flavia LATTANZI, « La competenza delle giurisdizioni di stati 'terzi' a ricercare e processare i responsabili dei crimini nell'Ex-Iugoslavia e nel Ruanda », *RDI*, 1995, n° 3, pp. 707-722 ; J.-F. DUPAQUIER (dir.), *La justice internationale face au drame rwandais*, Karthala, 1996, 227 p.

(123) Voir le Rapport du Comité de Juristes français (Commission Truche), Doc. S/25266, 10 février 1993, §§ 135-136.

(124) En revanche, l'incrimination pour génocide avait été retenue par le Procureur allemand. Certains éléments du dossier devant le Tribunal plaidaient également en ce sens ; voir sur ce point le mémoire d'*amicus curiae* de « Juristes sans Frontières », pp. 22-25.

(125) Décision d'appel, § 67.

Ce point acquis, elle s'engage dans une interprétation des dispositions du Statut relatives à sa compétence où la nature, variable, du conflit va jouer un rôle fondamental; et ce contrairement à la position prise par la Chambre de première instance.

### 3.1. *Les articles 2 et 3 du Statut*

#### 3.1.1. Le caractère conventionnel ou coutumier des incriminations

L'article 2 du Statut du Tribunal intitulé «Infractions graves aux Conventions de Genève de 1949» établit une liste d'infractions dans les mêmes termes que dans les Conventions elles-mêmes. L'intitulé de cette disposition a été critiqué car, renvoyant à des traités spécifiques, il peut donner l'impression que l'incrimination repose sur ces textes conventionnels et dépend donc de leur ratification par les Etats concernés(126). De plus, le procédé retenu pour l'article 2 contraste avec celui qui a été employé en ce qui concerne les articles suivants qui ne visent aucune convention particulière – et n'auraient du reste guère pu le faire en ce qui concerne les crimes contre l'humanité, objets de l'article 5.

La question se posait donc de savoir si l'article 2 renvoyait au droit conventionnel ou se suffisait à lui-même. La Chambre de première instance, très raisonnablement, a nettement pris position en faveur de la seconde approche :

«The Article has been so drafted as to be self-contained rather than referential»(127).

Bien que la Chambre n'ait pas tiré toutes les conséquences logiques de cette position(128), cette solution avait le mérite de la simplicité et de la cohérence par rapport aux autres dispositions du Statut déterminant la compétence du Tribunal sans référence à un texte conventionnel. Elle était au surplus inattaquable pour ce qui est de sa compatibilité avec le principe *nullum crimen sine lege* qui implique que le crime doit être défini comme tel avant sa commission, mais peu importe qu'il le soit par un texte écrit ou par une norme coutumière. En l'espèce, il ne peut faire de doute que les infractions graves au droit humanitaire des conflits armés constituent des crimes du droit international en vertu de règles coutumières du droit des gens(129), ni que le développement du droit humanitaire coutumier a étendu la criminalisation des infractions graves à celles commises durant les conflits armés internes, voire même rendu obsolète la distinction entre conflits

(126) Voir A. PELLET, *op. cit.*, note (1), pp. 34-36, et «La juridiction pénale internationale de Nuremberg à La Haye», *Le Monde juif*, 1996, pp. 100-102.

(127) Décision de première instance, § 49.

(128) Elle devait tout de même se référer aux Conventions de Genève en ce qui concerne la détermination des personnes et des biens protégés (*ibid.*).

(129) Cf. CIJ, arrêt du 27 juin 1986, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Rec. 1986, p. 114 : «La Cour considère que les Etats-Unis ont l'obligation, selon les termes de l'article premier des quatre conventions de Genève, de 'respecter' et même de 'faire respecter' ces conventions 'en toute circonstance', car une telle obligation ne découle pas seulement des conventions elles-mêmes, mais des principes généraux du droit humanitaire dont les conventions ne sont que l'expression concrète».



internes et internationaux(130) en ce qui concerne les infractions énumérées à l'article 2(131).

Négligeant ces éléments fondamentaux, la Chambre d'appel s'est, pour sa part, et de façon fort regrettable, résolument engagée dans la voie inverse en se référant systématiquement non pas à l'article 2 du Statut du Tribunal mais exclusivement aux dispositions des Conventions de Genève(132), sans d'ailleurs prendre la peine de s'expliquer sur ce point. La conséquence logique de cette approche « conventionnaliste » et frileuse, qui revient à nier le caractère coutumier de la notion d'infraction grave au droit humanitaire des conflits armés, a été que la Chambre d'appel s'est trouvée dans l'obligation de consacrer de longs développements à la discussion de la nature des conflits qui ont déchiré l'ex-Yougoslavie puisque, comme elle le relève et s'emploie à le démontrer :

« Article 2 refers to 'grave breaches' of the Geneva Conventions of 1949, which are widely understood to be committed only in international armed conflicts »(133).

### 3.1.2. La nature à la fois interne et internationale du conflit yougoslave

La question « Does The Statute Refer Only to International Armed Conflict? »(134) se trouve ainsi inévitablement au cœur du raisonnement de la Chambre d'appel. Pour y répondre, elle s'appuie sur trois types d'interprétation du Statut du Tribunal : une interprétation littérale, une interprétation téléologique et une interprétation « logique et systématique ».

L'interprétation littérale consiste à relever la référence aux Conventions de Genève à l'article 2 du Statut, l'absence de référence à la nature du conflit à l'article 3 et le fait que l'article 5 confère compétence au Tribunal pour les crimes contre l'humanité « commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne ». Peut-on en conclure que la distinction entre conflits armés internes et internationaux serait au cœur du Statut ? La Chambre elle-même se garde de toute conclusion(135). D'ailleurs on pourrait tout aussi bien interpréter la seule référence expresse à la distinction, celle de l'article 5, comme une formulation de ce qui reste implicite dans toutes les autres dispositions gouvernant la compétence, à savoir que

(130) Décision de première instance, § 53. La Chambre de première instance se « couvrait » cependant en notant : « if it did, there are clear indications in the great volume of material before the Trial Chamber that the acts alleged in the indictment were in fact committed in the course of an international armed conflict ». Elle prenait ainsi parti en faveur de l'application du régime le plus protecteur, tout en restant circonspecte et refusant d'en dresser le constat judiciaire (§ 53 *in fine*).

(131) Case No. IT-94-I-T, *Dusko Tadic, Amicus Curiae* Brief Presented by the Government of the United States of America, 25 July 1995, p. 35. Voir également l'opinion individuelle du Juge ABI-SAAB, pp. 4-6. *Contra*, Marco SASSOLI, « La première décision de la chambre d'appel du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : Tadic (compétence) », *RGDIP*, 1996, n° 1, p. 123 : « A notre avis la Chambre d'appel a raison de douter qu'une nouvelle règle se serait développée par la pratique. En effet, en tant que tribunal pénal, lié au principe '*nullum crimen sine lege*', elle doit être beaucoup plus conservatrice à l'égard des nouvelles règles coutumières établissant des infractions que ne doit l'être dans d'autres domaines du droit international la CIJ qui peut beaucoup plus librement contribuer au développement du droit ». Outre le fait que le développement du droit coutumier a déjà eu lieu, il est assez remarquable que l'auteur, par ailleurs chef adjoint de la Division juridique du CICR, se fasse le héraut de thèses aussi conservatrices.

(132) Décision d'appel, §§ 79 et suivants.

(133) Décision d'appel, § 71.

(134) Décision d'appel, p. 38.

(135) Décision d'appel, § 71.

la définition des infractions est liée à la seule exigence de l'existence d'un conflit armé, qu'il soit interne ou international.

L'interprétation téléologique permet à la Chambre d'appel non pas de s'interroger sur la pertinence de la distinction mais, sautant une étape logique, de caractériser le conflit en ex-Yougoslavie comme comprenant des aspects à la fois interne et international (136). Il s'agit sans aucun doute du moment essentiel de la Décision d'appel sur lequel il convient de s'arrêter quelque peu.

Curieusement, la Chambre d'appel part du constat suivant :

«As the members of the Security Council well knew, in 1993, when the Statute was drafted, the conflicts in the former Yugoslavia could have been characterized as both internal and international, or alternatively, as an internal conflict alongside an international one, or as an internal conflict that had become internationalized because of external support, or as an international conflict that had subsequently been replaced by one or more internal conflicts, or some combination thereof» (137).

La Chambre d'appel tente ensuite de donner une interprétation cohérente des événements. Le conflit en ex-Yougoslavie serait devenu international avec l'implication de l'armée croate en Bosnie-Herzégovine et celle de l'armée nationale yougoslave («JNA») en Croatie et en Bosnie-Herzégovine au moins jusqu'à son retrait formel le 19 mai 1992. Les conflits opposant, en Croatie, le Gouvernement croate aux forces des Serbes de Croatie et, en Bosnie-Herzégovine, le Gouvernement bosniaque aux forces des Serbes de Bosnie, doivent être considérés comme internes (138).

Trois arguments viendraient appuyer cette interprétation :

– *L'argument « conventionnel »* : les accords concernant l'application du droit international humanitaire conclus entre les parties au conflit démontreraient l'existence de plusieurs types de conflits. Ainsi l'accord du 22 mai 1992 entre les différentes « factions » du conflit en Bosnie-Herzégovine conclu sous les auspices du CICR s'inscrirait dans le cadre du seul article 3 commun des Conventions de Genève et incorporerait seulement *certaines* dispositions applicables aux conflits armés internationaux. Cet accord révélerait donc que pour les parties elles-mêmes le conflit était interne. A l'argument avancé par le procureur selon lequel certaines des parties auraient pu se résoudre, pour des raisons pratiques, à un accord insatisfaisant et limitant le régime normalement applicable, la Chambre oppose l'article 6/6/6/7 commun qui interdit ce type d'accord et surtout le rôle du CICR :

«On account of the unanimously recognized authority, competence and impartiality of the ICRC, as well as its statutory mission to promote and supervise respect for international humanitarian law, it is inconceivable that, even if there were some doubt as to the nature of the conflict, the ICRC would promote and endorse an agreement contrary to a basic provision of the Geneva Conventions» (139).

Voici qui est fort peu convaincant : pour autant que l'article 6/6/6/7 ait l'effet décrit par la Chambre, on ne saurait déduire de l'interdiction d'une conduite qu'elle n'aura jamais lieu et, avec tout le respect dû à l'œuvre du CICR, on pouvait s'attendre à davantage d'esprit critique à son égard de la

(136) Décision d'appel, § 77 : « On the basis on the foregoing, we conclude that the conflicts in the former Yugoslavia have both internal and international aspects ».

(137) Décision d'appel, § 72.

(138) *Ibid.*

(139) Décision d'appel, § 73.

part d'une juridiction qui n'a pas hésité à contrôler les actes du Conseil de sécurité.

– *L'intention du Conseil de sécurité* : l'argumentation du Procureur visant à démontrer l'existence d'un unique conflit armé, de nature internationale, reposait pour l'essentiel sur les qualifications retenues par le Conseil de sécurité dans les différentes résolutions concernant le conflit yougoslave. Cet argument d'autorité était évidemment étroitement lié à l'impossibilité supposée pour le Tribunal d'examiner les actes du Conseil de sécurité, argument dont on sait qu'il n'a pas été accueilli par la Chambre d'appel dans la première partie de sa décision. Celle-ci a considéré qu'en fait le Conseil de sécurité avait entendu promouvoir une solution pacifique sans se prononcer sur la question de la nature internationale ou interne du conflit (140). Ce constat, qui semble en effet corroboré par le langage peu explicite des résolutions en question (141), ne suffit certainement pas à justifier la thèse selon laquelle :

« The Security Council's many statements leading up to the establishment of the International Tribunal reflect an awareness of the mixed character of the conflicts » (142).

L'incertitude des termes employés révèle surtout que le Conseil de sécurité, qui est avant tout un organe politique, n'a pas voulu s'engager dans une détermination juridique aussi précise. Il lui suffisait de constater que le conflit avait des implications sur la paix et la sécurité internationales pour justifier son action, et cela conforterait plutôt la position du Procureur.

– *L'argument qualifié de « reductio ad absurdum »* (143) : si le Conseil de sécurité avait entendu qualifier le conflit d'international, le régime applicable aurait entraîné des conséquences « absurdes » concernant certaines catégories de personnes. Ainsi les massacres de civils bosniaques par des Bosno-serbes rentreraient dans la catégorie des infractions graves, parce que ces derniers seraient considérés comme organes ou agents d'un autre Etat, alors que les massacres de civils bosniaques par les autorités gouvernementales bosniaques ne le seraient pas, parce qu'ils ont la nationalité bosniaque et n'entrent donc pas dans la catégorie des « personnes protégées » selon la Convention de Genève IV. Un tel argument remet surtout en cause la structure du droit international humanitaire et la praticabilité de la distinction entre conflit interne et conflit international dans une situation telle que le conflit yougoslave (144). Par ailleurs, la solution retenue comporte également ses « absurdités ».

Ainsi, pris individuellement, les arguments retenus sont réversibles (145) et, bien davantage qu'ils ne conduisent à une solution claire, ils démontrent

(140) Décision d'appel, § 75.

(141) Voir les résolutions 764 (1992), 771 (1992), 780 (1992), 808 (1993), 827 (1993), 820 (1993).

(142) Décision d'appel, § 74.

(143) Décision d'appel, § 76.

(144) A telle enseigne qu'une décision postérieure du Tribunal tend à faire disparaître le critère de la nationalité tel que résultant d'une interprétation stricte de l'article 4 de la Convention de Genève IV. Dès lors, l'exemple au cœur même de la « *reductio ad absurdum* » disparaît. Cf. affaire n° IT-94-2-R61, *Procureur c. /Dragan Nikolic alias « Jenki »*, Examen de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, 20 octobre 1995, § 30.

(145) L'étude des résolutions du Conseil de sécurité, des rapports de la Commission d'experts établie par le Conseil de sécurité et de la Commission Mazowiecki, effectuée par le Juge Li dans son opinion séparée (§§ 18-20) conduit à la solution inverse : l'ensemble du conflit serait international.

la complexité du problème et la difficulté de justifier une solution sur la base d'une distinction entre plusieurs types de conflits à l'intérieur du conflit yougoslave.

Indépendamment du raisonnement suivi par la Chambre d'appel, la solution retenue appelle plusieurs remarques. Tout d'abord, on peut se demander s'il est possible de « découper en tranches » le conflit yougoslave, surtout après que la Chambre a démontré de façon tout à fait convaincante qu'un conflit armé ne pouvait pas l'être. Dans le même sens, l'opinion séparée du juge Li reprend un argument évoqué par la doctrine selon lequel :

« the conflict is clearly international : three nations have fought, primarily in the territory of two of them (thus far), with a number of fronts and partisans or proxy groups participating on behalf of each. Once this determination is made, it should not matter that some combattants are citizens of the same nation-state. It is virtually unthinkable that, for example, an Ukrainian fighting for the German Army in World War II would have succeeded in arguing that his fight was internal (against the Soviet State), regardless of the character of the broader conflict » (146).

On peut également regretter les conséquences « byzantines » (147) d'un tel découpage sur la détermination de la compétence du Tribunal. Enfin et surtout, il est possible de s'interroger sur la portée véritable d'un tel constat. En effet, la Chambre d'appel elle-même affaiblit considérablement cette portée lorsque, qualifiant certains aspects du conflit yougoslave de conflits internes, elle nuance cette affirmation en ajoutant :

« unless direct involvement of the Federal Republic of Yugoslavia (Serbia-Montenegro) could be proven » (148).

Toute la question est en effet de savoir si la Chambre d'appel est bien placée pour effectuer une détermination définitive de la nature du conflit. Derrière cette remarque se profile ce qui pourrait être l'interprétation de la décision sur ce point par le Procureur et les Chambres de première instance : la Chambre d'appel n'aurait entendu effectuer qu'une détermination provisoire destinée à orienter la politique des poursuites du Procureur, la détermination définitive devant finalement être le résultat d'une appréciation au cas par cas. A s'en tenir à certaines décisions du Tribunal postérieures à la décision d'appel, il semble que ce soit dans cette direction que celui-ci s'oriente. Il se pourrait d'ailleurs fort bien que cette jurisprudence fasse finalement apparaître la nature internationale de l'ensemble du conflit. Ainsi, lors de l'examen de l'acte d'accusation « *Procureur c. Dragan Nikolic* » dans le cadre de l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, la Chambre de première instance n° I s'est penchée sur des faits qui auraient été commis par le commandant du camp de Susica dans les environs de Vlasenica en Bosnie-Herzégovine courant 1992. En ce qui concerne l'application de l'article 2, la Chambre déclare :

« Les éléments du dossier tendent à démontrer que des troupes de la JNA provenant de Novi Sad, et sous le contrôle du gouvernement de Belgrade, ont pris part à l'occupation de Vlasenica après que la Bosnie-Herzégovine ait été reconnue comme un Etat indépendant.

« Les éléments fournis par le témoin expert, M. James Gow, permettent de penser, en outre, que le conflit armé sur le territoire de l'ex-Yougoslavie pourrait être considéré dans son ensemble comme 'un conflit armé majeur'. Il aurait

(146) Opinion individuelle du Juge Li, p. 6, citant O'BRIEN, *op. cit.*, note (1), pp. 647-648.

(147) Th. MERON, *op. cit.*, note (1), p. 81.

(148) Décision d'appel, § 72.

débuté à l'automne 1991, son objectif étant 'd'établir un nouvel Etat', et impliqué plusieurs Etats. La Chambre considère au regard de ce qui précède que le conflit armé revêtait un caractère international et que l'article 2 pourrait s'appliquer» (149).

La méthode suggérée par la décision d'appel est sans doute intéressante; elle risque néanmoins de compliquer singulièrement la tâche du Tribunal, voire de donner lieu à des divergences d'interprétation durables entre les Chambres de première instance ou entre celles-ci et la Chambre d'appel. De telles incertitudes ne vont pas dans le sens de l'efficacité de la justice, ni dans celui d'une protection optimale des victimes.

### 3.1.3. Les conséquences sur la définition des infractions

#### A) La distinction entre l'article 2 et l'article 3 du Statut.

La Chambre de première instance, qui avait considéré que le caractère international ou interne du conflit ne constituait pas un critère juridictionnel, semblait devoir parvenir à une distinction simple entre l'article 2 et l'article 3 du Statut : le premier faisant référence au « droit de Genève » et le second au « droit de La Haye », le premier concernant la protection des victimes de la guerre, le second la conduite des hostilités (150). Cependant cette logique était troublée par une vision plus large des « lois et coutumes de la guerre » défendue par le procureur qui y incluait l'article 3 commun aux Conventions de Genève :

« The Trial Chamber concludes that Article 3 of the Statute provides a non-exhaustive list of acts which fit within the rubric of 'laws or customs of war'. The offences that it may consider are not limited to those contained in the Hague Convention and may arise during an armed conflict regardless of whether it is international or internal.

« (...) The Trial Chamber finds that common Article 3 imposes obligations that are within the subject-matter jurisdiction of Article 3 of the Statute because those obligations are a part of customary international law » (151).

Placer l'article 3 commun aux Conventions de Genève dans le cadre de l'article 3 du Statut relatif aux lois et coutumes de la guerre n'était pas très cohérent avec la position selon laquelle l'article 2 s'applique à l'ensemble du conflit armé, y compris à ses aspects internes.

La logique de la décision d'appel est toute autre. En introduisant le critère relatif à la nature du conflit, elle limite la portée de l'article 2 concernant les infractions graves aux Conventions de Genève aux cas de conflits armés internationaux. Quant à l'article 3, il « confers on the International Tribunal jurisdiction over *any* serious offence against international humanitarian law not covered by Article 2, 4 or 5 » (152). La portée de l'article 3 est donc essentiellement résiduelle et concerne les violations des dispositions relatives à la protection des victimes de la guerre non couvertes

(149) Affaire n° IT-94-2-R61, *Procureur c./Dragan Nikolic alias « Jenki »*, Examen de l'acte d'accusation dans le cadre de l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve, 20 octobre 1995, § 30.

(150) Cette distinction avait guidé le Secrétaire général dans l'élaboration du Statut du Tribunal. Voir son rapport, Doc. S/25704, §§ 35 et 41-44. Le Juge ABI-SAAB l'affirme par ailleurs nettement dans son opinion individuelle, pp. 2-4, tout en notant la tendance à la convergence entre les deux droits.

(151) Décision de première instance, § 64-65.

(152) Décision d'appel, § 91 (souligné dans le texte).

par l'article 2(153) ainsi que les violations des dispositions relatives à la conduite des hostilités. Du fait du manque de cohérence de la décision de première instance sur ce point, l'objet de l'article 3 défini par la décision d'appel est assez proche de celui défini par la Chambre de première instance.

Il est fort regrettable que, dans les deux décisions, l'article 3 commun des Conventions de Genève ait été ainsi rattaché à l'article 3 du Statut (154). Si le rapport du Secrétaire général risquait sur ce point de prêter à confusion (155), on pouvait espérer que les juges retrouveraient la logique du droit humanitaire international, en s'appuyant notamment sur la jurisprudence de la CIJ selon laquelle :

« L'article 3 commun aux quatre conventions de Genève du 12 août 1949 énonce certaines règles devant être appliquées dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international. Il ne fait pas de doute que ces règles constituent aussi, en cas de conflits armés internationaux, un minimum indépendamment de celles, plus élaborées, qui viennent s'y ajouter pour de tels conflits » (156).

L'article 2 du Statut devait dès lors s'appliquer, que le conflit soit qualifié d'international ou d'interne. A cet égard, le Juge Abi-Saab, qui conclut en ce sens dans son opinion individuelle, est fondé à plaider en faveur d'une « greater legal coherence » (157). La solution retenue n'est par ailleurs guère compatible avec le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (158), dont l'article 4 est le pendant de l'article 2 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie. Cette disposition, consacrée aux « violations de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et du Protocole additionnel II » ne vise évidemment que les conflits internes, le drame rwandais ne comportant pas, ou guère, d'aspects internationaux.

La décision d'appel poursuit en précisant les conditions d'applicabilité de l'article 3 et en réintroduisant la distinction entre conflits armés internes et internationaux à l'intérieur du « droit de La Haye » (159).

(153) La Chambre d'appel insiste sur le fait que « it does not matter whether the 'serious violation' has occurred within the context of an international or internal armed conflict, as long as the requirements (...) are met » (§ 94). Un crime commis dans le cadre d'un conflit armé international pourra donc tout aussi bien être poursuivi en vertu de l'article 2 que de l'article 3. Cependant, en ce qui concerne les violations du « droit de Genève », le véritable effet utile de l'article 3 concerne les situations relatives aux conflits armés internes, ce que révèle la suite de la décision (§ 95).

(154) La solution semble être soutenue, sans aucune justification, par Luisa VIERUCCI, *op. cit.* note (23), p. 135.

(155) Doc. S/25704, § 37 : « Les Conventions de Genève énoncent des règles de droit international humanitaire et stipulent les règles essentielles du *droit coutumier* applicable dans les *conflits armés internationaux* » (italiques ajoutés). On peut en conclure qu'il ne faisait probablement pas de doute dans l'esprit du Secrétaire général que le conflit était international, cf. discussion *supra* sur la volonté du Conseil de sécurité.

(156) Arrêt *préc.*, note (129), *Rec.* 1986, p. 114.

(157) Décision d'appel, opinion individuelle du Juge ABI-SAAB, p. 6.

(158) Institué par la résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité.

(159) Chose que la Chambre de première instance avait évité en précisant que « the character of the conflict, whether international or internal, does not affect the subject-matter jurisdiction of the International Tribunal under Article 3 to try persons who are charged with violations of laws or customs of war » (§ 58).

B) Les conditions d'application des articles 2 et 3 du Statut :

*Article 2* : cette disposition concerne les infractions graves aux Conventions de Genève commises dans le cadre d'un conflit armé international. Les crimes énumérés ne peuvent faire l'objet de poursuites que lorsqu'ils sont perpétrés contre des personnes ou des biens protégés, définis par les Conventions de Genève (160).

Par ailleurs, il est possible que l'article 2 soit applicable en partie ou entièrement dans un conflit interne en vertu d'un accord particulier entre les parties en conflit (161).

*Article 3* : selon la Cour, quatre conditions sont nécessaires pour que l'article 3 soit applicable : outre les deux conditions relatives à la violation d'une règle de droit international humanitaire coutumier (ou conventionnel en cas d'accord des parties), deux conditions qui semblent être cumulatives viennent réduire la portée de l'article 3 :

– La violation doit être sérieuse, c'est-à-dire « it must constitute a breach of a rule protecting important values, and the breach must involve grave consequences for the victim » (162).

– La personne commettant l'infraction doit être susceptible, en vertu du droit coutumier ou conventionnel, de voir engager sa responsabilité pénale individuelle.

La Chambre d'appel s'intéresse ensuite plus en détails à deux des conditions : la détermination des règles coutumières de droit international humanitaire qui gouvernent les conflits armés internes et la responsabilité pénale individuelle.

La décision d'appel consacre de longs développements aux règles coutumières concernant les conflits armés internes. En s'appuyant sur une analyse de la pratique des Etats, elle tente de démontrer un développement du droit coutumier pour les dispositions suivantes : l'article 3 commun des Conventions de Genève de 1949 (reprenant la position de la CIJ dans l'affaire du Nicaragua (163)), l'article 19 de la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels pendant les conflits armés du 14 mai 1954 et « the core of Additional Protocol II of 1977 » (164). Ces développements qui constituent un apport remarquable à l'étude et à l'élaboration du droit international humanitaire des conflits armés internes auraient évidemment été inutiles si le conflit n'avait pas été qualifié en partie de conflit interne (165). Ceci concerne également les règles régissant la conduite des hostilités : les prin-

(160) articles 13, 24, 25 et 26 (personnes protégées) et 19 ainsi que 33 à 35 (biens protégés) de la Convention de Genève I; aux articles 13, 36, 37 (personnes protégées) et 22, 24, 25 et 27 (biens protégés) de la Convention II; à l'article 4 de la Convention III; aux articles 4 et 20 (personnes protégées) et articles 18, 19, 21, 22, 33, 53, 57 (biens protégés) de la Convention IV (Décision d'appel, § 81).

(161) Voir 3.3., *infra*.

(162) Décision d'appel, § 94, italiques ajoutés.

(163) Cf. *Rec.* 1986, *op. cit.*, note (129).

(164) Décision d'appel, § 98.

(165) Décision d'appel §§ 100-127. Cf. G.H. ALDRICH, « Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *AJIL*, 1996, vol. 90, p. 69. Le développement du droit des conflits armés internes effectué est sérieusement contesté par le Juge Li dans son opinion individuelle, §§ 10-13.

cipales règles applicables aux conflits armés internationaux sont étendues aux conflits internes (166).

La question de l'engagement de la responsabilité pénale de l'auteur de la violation faisait l'objet d'une objection de la défense. Elle avait été traitée assez rapidement par la Chambre de première instance (167). La Chambre d'appel quant à elle s'inscrit dans la droite ligne du jugement de Nuremberg, en reprenant l'argument selon lequel :

« Ce sont les hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du Droit international » (168).

Cet argument est convaincant et permet de régler définitivement la question de la responsabilité des individus.

### 3.2. *L'article 5 : les crimes contre l'humanité*

L'application de l'article 5 a posé moins de problèmes au Tribunal que les articles 2 et 3. L'objection de la défense portait sur le lien nécessaire qui avait été établi à Nuremberg entre le crime contre l'humanité et l'existence d'un conflit armé international. La Chambre de première instance rappelle la définition donnée par le Secrétaire général selon laquelle :

« Les crimes contre l'humanité désignent des actes inhumains d'une extrême gravité, tels que l'homicide intentionnel, la torture ou le viol, 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 » (169).

Cette définition, qui reflète l'état actuel du droit coutumier, va au-delà du principe figurant dans l'article 6(c) du Statut du Tribunal de Nuremberg et qui était relié à la commission d'un crime contre la paix ou d'un crime de guerre. La nature du conflit n'entre pas en ligne de compte quant à la détermination de l'existence d'un tel crime. D'ailleurs, le Statut du Tribunal lui-même est restrictif par rapport à l'état du droit coutumier, en ce qu'il limite la compétence au titre de l'article 5 aux crimes contre l'humanité commis *dans le cadre d'un conflit armé* (170).

La Chambre d'appel reprend pour l'essentiel cette argumentation. L'existence d'un conflit armé étant avérée, l'article 5 s'applique indépendamment de la nature du conflit et ceci résulte de son texte clair et dépourvu d'ambiguïté.

(166) L'argument essentiel semble être (§ 119 *in fine*) que : « What is inhumane, and consequently proscribed, in international wars cannot but be inhumane and inadmissible in civil strife ». Sur la base d'une telle justification, n'aurait-on pas pu étendre le raisonnement de manière à éviter la qualification du conflit ? La Chambre insiste cependant sur le fait que (§ 126) : « The emergence of the aforementioned general rules on internal armed conflicts does not imply that internal strife is regulated by general international law in all its aspects. Two particular limitations may be noted : (i) only a number of rules and principles governing international armed conflicts have gradually been extended to apply to internal conflicts ; and (ii) this extension has not taken place in the form of a full and mechanical transplant of those rules to internal conflicts ; rather, the general essence of those rules, and not the detailed regulation they may contain, has become applicable to internal conflicts ». La distinction entre les deux régimes est donc toute en nuances...

(167) Décision de première instance, § 70 : « The individual criminal responsibility of the violator need not be explicitly stated in a convention for its provisions to entail individual criminal liability ».

(168) *Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international, op. cit. note (86)*, p. 235 ; cité au § 128.

(169) Rapport du Secrétaire général, *op. cit. note (155)*, § 48.

(170) Décision de première instance, §§ 75-83.



La définition du crime contre l'humanité a par la suite été précisée par la Chambre de première instance I lors de la mise en œuvre de l'article 61 dans l'affaire *Nikolic*. La Chambre rappelle les trois composantes classiques du crime contre l'humanité : l'aspect discriminatoire à l'encontre d'une population civile, le caractère systématique et l'ampleur et la gravité (171). Les deux dernières sont parfois présentées sous une forme alternative (172) mais la différence n'emporte ici pas de conséquence puisque, si l'on suit le raisonnement de la Chambre, elles se répondent et se confortent mutuellement. Cela résulte de l'analyse qu'elle fait de la politique de « purification ethnique » (173) :

« La mise en œuvre de cette politique discriminatoire, couramment appelée 'nettoyage ethnique', sur la seule région de Vlasenica, semble présenter une ampleur qui permettrait à elle seule de retenir la compétence du Tribunal en vertu de l'article 5.

« Or, la Chambre note que ces graves actions discriminatoires ne paraissent pas s'être limitées à la région de Vlasenica. Ainsi des camps du type de celui de Susica sont instaurés sur une grande partie du territoire se trouvant sous le contrôle des Serbes de Bosnie. Cette politique de 'nettoyage ethnique' s'étendait sur d'autres régions de la Bosnie dès le printemps 1992. Selon le témoin-expert, 'le déroulement des attaques au printemps 1992, y compris la manière dont la JNA et les groupes para-militaires se déploient et traitent la population non-serbe, est homogène dans toute la Bosnie'. La déposition de ce témoin met en évidence l'ampleur de la réalisation des actes criminels aussi bien que leur organisation au plus haut niveau : selon lui, 'la rapidité et le degré élevé de coordination qu'ont exigé ces attaques sont la preuve de leur coordination centrale et de leur planification' » (174).

(171) Décision *Nikolic*, § 26 : « La seconde circonstance (de l'article 5 du Statut), selon laquelle les actes criminels doivent être 'dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit', est spécifique aux crimes contre l'Humanité. Énoncée en termes larges dans le Statut, elle paraît recouvrir, selon les opinions dominantes, trois composantes distinctes. Tout d'abord, les actes criminels doivent avoir pour objet une population civile spécifiquement identifiée comme un groupe par les auteurs de ces actes. En second lieu, les actes criminels doivent s'inscrire dans une certaine organisation et s'insérer dans un contexte systématique. S'il n'est pas nécessaire qu'ils soient liés à une politique instituée à un niveau étatique au sens classique du terme, ils ne peuvent pas être le fait d'individus isolés. Enfin, la perpétration des actes criminels, considérés dans leur ensemble, doit présenter une certaine ampleur et une certaine gravité ». D'une manière générale, voir E. SCHWELB, « Crimes Against Humanity », *BYBIL*, vol. 23, 1946, pp. 178-226 ; J. GRAVEN, « Les crimes contre l'humanité », *RCADI*, 1950-I, vol. 76, pp. 429-610 (et notamment p. 545) ; C. BAS-SIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Nijhoff, Dordrecht, 1992, 820 p ; CDI, *Rapport sur les travaux de sa 47<sup>e</sup> session*, Assemblée générale, Doc. off., 50<sup>e</sup> session, A/50/10, §§ 87-97, pp. 51-55.

(172) Voir rapport du Secrétaire général, *op. cit. note (155)*, § 48. Dans le commentaire de l'article 20 du Projet de Statut d'une Cour criminelle internationale permanente de la CDI, Doc. A/49/10, p. 82, § 14 du commentaire, les deux éléments sont d'abord présentés sous une forme alternative ; mais la suite du commentaire montre qu'ils sont en fait cumulatifs, ou ne constituent que deux aspects d'un même phénomène.

(173) Le terme de « purification ethnique » est sans doute préférable à celui de « nettoyage ethnique » qui semble être une traduction littérale de l'anglais.

(174) Décision *Nikolic*, § 27 *in fine* et § 28. A nouveau, on note que l'intervention de témoins a été capitale. La Chambre conclut, § 28 *in fine* : « Dragan Nikolic, d'après l'ensemble des témoins, commandait le camp de Susica à Vlasenica, de la fin mai 1992 à la fin septembre 1992. A ce titre, et à la lumière de tout ce qui précède, la Chambre considère qu'il existe des raisons suffisantes de croire qu'il a *participé à une politique* et commis les crimes contre l'Humanité, tels que prévus à l'article 5 du Statut » (italiques ajoutées).

Ces développements font bien apparaître que les composantes du crime contre l'humanité se fondent dans l'idée de « criminalité de système » (175). De plus, ils permettent de mieux appréhender en termes de droit humanitaire le concept nouveau de « purification ethnique », rendu nécessaire par l'ampleur planifiée des atrocités commises en ex-Yougoslavie (176).

### 3.3. *Les accords liant les parties*

La décision de la Chambre d'appel, tirant argument des références faites par la défense et le procureur à certains accords liant les parties au conflit, va se saisir de la question de la portée de ces accords aux fins d'étendre sa compétence. Elle se démarque ainsi de façon notable du rapport du Secrétaire général qui avait entendu fonder la compétence du Tribunal exclusivement sur le droit international coutumier (177). Au contraire, selon la Chambre d'appel, le Tribunal sera fondé à appliquer tout traité qui :

« (i) was unquestionably binding on the parties at the time of the alleged offence; and (ii) was not in conflict with or derogated from a peremptory norms of international law » (178).

Cette « audace » du Tribunal par rapport à son Statut, qui ne prévoit absolument pas une telle possibilité, s'appuie sur une interprétation discutable du rapport du Secrétaire général qui n'aurait écarté le droit conventionnel que *pour autant* qu'il risquait de contrevenir au principe *nullum crimen* si toutes les parties au conflit n'avaient pas adhéré à l'accord en question (179). La décision s'appuie d'autre part sur des déclarations des Etats-Unis, de la France et du Royaume-Uni au moment de l'adoption du Statut, déclarations censées constituer une « interprétation authentique ».

Il est évident que l'élargissement de la compétence du Tribunal en vertu d'accords spécifiques est favorable à une meilleure protection des victimes. Cependant, il semble que la Chambre d'appel ait surtout en vue l'élargissement de la compétence en vertu de l'article 3 (180), de manière à rapprocher

(175) Cf. la définition du crime contre l'humanité donnée par la Commission Kalshoven, rapport du 10 février 1992, NU Doc. 25274, p. 25, § 49, qui parle de « politique officielle de discrimination à l'encontre d'un groupe déterminé de personnes ». Voir également Ch. BASSIOUNI, *op. cit. note (171)*, p. 248, et la définition de la Chambre criminelle de la Cour de cassation française dans l'affaire *Barbie*, 20 décembre 1985, *GP*, p. 26 : « le crime contre l'humanité se définit par la volonté de nier dans un individu l'idée même d'humanité par des traitements inhumains (...) ou des persécutions pour des motifs raciaux ou religieux, ces traitements et persécutions étant exercés contre des populations civiles et cette volonté s'exerçant dans le cadre d'une volonté politique étatique délibérée tendant à cette fin ; (...) le caractère systématique de cette volonté résultant de son insertion dans une telle politique permet de le distinguer du crime de guerre et de caractériser l'intention coupable de son auteur par la connaissance qu'il peut avoir de la circonstance qu'il s'en fait l'agent volontaire ».

(176) Voir Drazen PETROVIC, « Ethnic Cleansing – An Attempt at Methodology », *JEDI*, 1994, vol. 5, n° 3, pp. 342-359, et notamment p. 354 : « The majority of ethnic cleansing policies in former Yugoslavia appear to correspond to crimes against humanity, given that they are a systematic and massive attack on the civilian population ».

(177) Rapport du Secrétaire général, *op. cit. note (155)*, § 34 : « De l'avis du Secrétaire général, 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, de manière que le problème résultant du fait que certains Etats, mais non la totalité d'entre eux, adhèrent à des conventions spécifiques ne se pose pas. Cela semblerait particulièrement important dans le cas d'un tribunal international jugeant des personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire ».

(178) Décision d'appel, § 143.

(179) Voir *note (177)*.

(180) Décision d'appel, § 144.

le régime des conflits internes de celui des conflits armés internationaux. A nouveau, cela n'est nécessaire que dans la mesure où plusieurs types de conflits à l'intérieur du conflit yougoslave ont été distingués. Surtout, cela compromet l'apparition d'un droit international pénal uniforme ne dépendant pas de traités particuliers conclus entre les États concernés ; et cela n'est guère compatible avec le principe, pourtant fondamental et qui, seul, justifie la création de tribunaux *universels* par une instance internationale : la sanction de ces crimes intéresse la *communauté internationale dans son ensemble*.

La Chambre d'appel, en ce qui concerne l'appréciation de sa compétence, a sans doute voulu œuvrer dans le sens de la plus grande précision juridique. Elle a surtout introduit des complications extrêmes (181) dans un Statut, il est vrai, peu explicite. Il reste à espérer que les juges du Tribunal arriveront à s'accommoder de cette jurisprudence et à la mettre en œuvre avec objectivité et rigueur.

\*  
\*\*

La création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a, sans aucun doute, relevé du « pari » : il n'était pas évident qu'il pourrait fonctionner efficacement et son échec aurait probablement retardé durablement la création d'une Cour criminelle internationale permanente.

Aussi incertain qu'il fût au départ, le pari est en passe d'être gagné. Après des débuts un peu laborieux, le Tribunal s'est mis en place, a élaboré un ensemble de règles de procédure et de preuve qui, pour être perfectibles, n'en sont pas moins opérationnelles et a commencé à les mettre en œuvre avec compétence et en toute indépendance. Ces règles constituent désormais un précédent « incontournable », dont toute juridiction pénale internationale devra tenir compte (182). En outre, si la jurisprudence commençante du Tribunal n'échappe pas à toute critique, elle constitue, elle aussi, l'amorce d'un *corpus juris* novateur et dans son ensemble cohérent.

Une autre incertitude qui pesait sur le Tribunal est également en voie d'être dissipée, au moins partiellement. En effet, aussi longtemps que l'ex-Yougoslavie, et d'abord la Bosnie-Herzégovine, continuait à être déchirée par les conflits atroces qui l'ont ensanglantée, il était douteux que les auteurs des crimes que le Tribunal doit poursuivre puissent lui être déférés – sinon par un concours hasardeux de circonstances comme cela s'est produit dans le cas de Dusko Tadic. Les Accords de Dayton et de Paris ouvrent à cet égard de nouvelles perspectives. Non seulement ils n'envisagent nullement la suppression du Tribunal comme on a pu le redouter, mais encore, dans l'article IX de l'Accord-cadre, les Parties rappellent l'obligation qui leur incombe « de coopérer aux enquêtes et aux poursuites relatives aux crimes de guerre et autres violations du droit international humanitaire ». De plus, l'article IX de la Constitution de la Bosnie-Herzégovine, qui est annexée aux accords (183), interdit à toute personne condamnée ou accusée par le Tribunal

(181) Voir également G.H. ALDRICH, *op. cit. note (165)*, pp. 64-69.

(182) Aux termes de l'article 14 de son Statut, le Tribunal pénal international pour le Rwanda doit adopter aux fins de sa procédure « le règlement du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie régissant la mise en accusation, les procès en première instance et les recours, la recevabilité des preuves, la protection des victimes et des témoins et d'autres questions appropriées, en y apportant les modifications qu'ils jugeront nécessaires ».

(183) Annexe 4.

de se porter candidate, ou d'être élue ou nommée «à une charge publique sur le territoire de Bosnie-Herzégovine». Enfin, l'entrée en vigueur et la mise en œuvre des Accords permettent d'espérer que des suspects seront arrêtés et présentés au Tribunal, même si on ne peut guère s'attendre à ce que le processus de «normalisation» soit rapide et spectaculaire.

Si cette tendance se confirme, la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie aura constitué une étape décisive dans la lutte, si indispensable, contre l'impunité dont bénéficient les auteurs des crimes les plus abominables, qui révoltent la conscience de l'humanité. Ils sauront désormais qu'ils auront à répondre de leurs forfaits devant des juridictions internationales impartiales qui les jugeront au nom de la communauté internationale dans son ensemble.