

LE TRIBUNAL INTERNATIONAL PÉNAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE

PAR

Eric DAVID

PROFESSEUR

À L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

1. Peut-on considérer comme historiques les 22 février et 25 mai 1993, dates auxquelles le Conseil de sécurité a décidé respectivement, d'une part de créer

« un Tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 » (1),

d'autre part d'adopter le Statut de ce Tribunal (2) ? Par définition, toute date est historique et chacun aura son avis sur le point de savoir si une date est plus « historique » qu'une autre. Il demeure que pour l'internationaliste, ces deux résolutions sont une étape importante (mais tardive ...) dans l'histoire du droit international puisque c'est la première fois depuis plus de 45 ans que la communauté internationale crée, dans des conditions bien différentes toutefois, un tribunal international pénal.

2. Les causes de cette création sont connues : les guerres civiles et internationales qui déchirent la Yougoslavie depuis les indépendances proclamées par la Slovénie (26 juin 1991) (3), la Croatie (8 octobre 1991) (4) et par la Bosnie-Herzégovine (3 ou 6 mars 1992) (5) ont eu le mauvais goût de se dérouler en Europe et de montrer à son opinion publique des horreurs que l'on croyait ou révolues, ou réservées à des régions trop reculées pour que les bonnes âmes s'en émeuvent au point de réclamer la création d'un Tribunal international pénal.

Que l'on se massacrat en Asie, en Afrique ou en Amérique latine méritait bien, dans le meilleur des cas, des condamnations solennelles aux N. U.,

(1) S/Rés. 808, 22 février 1993, § 1.

(2) S/Rés. 827, 25 mai 1993, §§ 1-2 ; Texte de Statut in *Rapport du S. G. établi conformément au § 2 de la rés. 808 (1993) du Conseil de sécurité*, Doc. ONU S/25704, 3 mai 1993 (appelé ci-après « *Rapport du Secrétaire général* »). Le texte figure également dans la *R.G.D.I.P.*, 1993, pp. 552-563.

(3) *Keesing's Record of World Events*, 1991, p. 38274.

(4) *Ibid.*, p. 38513.

(5) *Ibid.*, 1992, p. 38832 ; cfr *R.I.C.R.*, 1993, pp. 69 et 74.

mais qu'on se massacre aussi aux frontières des berceaux de la civilisation européenne empêchant les bonnes consciences de se satisfaire d'une condamnation symbolique.

Croyant ainsi un peu naïvement — mais après tout, pourquoi pas ? — qu'en créant de nouvelles règles, on ferait mieux respecter les règles existantes (5bis) — qui pourtant obligent déjà *tous* les États (pas seulement les États belligérants !) à réprimer individuellement les faits en cause (6) —, l'opinion publique a poussé les gouvernements, sinon à intervenir militairement, du moins à créer le présent Tribunal.

Cette décision n'était pas une surprise ; elle s'inscrivait dans le droit fil de la rés. 780 adoptée le 6 octobre 1992 où le Conseil de sécurité avait institué une Commission d'experts chargés de « fournir ses conclusions sur les violations graves (...) du droit humanitaire international « commises en ex-Yougoslavie.

3. Bien sûr, quand on parle de Tribunal international pénal, la comparaison avec les principales tentatives et réalisations antérieures s'impose tout de suite à l'esprit :

— Tribunal spécial prévu après la 1^{re} guerre mondiale par l'art. 227 du Traité de Versailles du 28 juin 1919 pour juger

« Guillaume II de Hohenzollern, ex-empereur d'Allemagne, pour offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités » ;

— Cour pénale internationale (appelée ci-après « Cour pénale de 1937 ») instituée à la suite de la Convention de Genève du 16 novembre 1937 pour la prévention et la répression du terrorisme, par une autre Convention (appelée ci-après « Convention de 1937 ») signée le même jour

« en vue de juger ... les individus accusés d'une infraction prévue dans la Convention pour la prévention et la répression du terrorisme » (art. 1^{er}) (7) ;

— Tribunaux militaires internationaux (T.M.I.) de Nuremberg et Tokyo.

Comme on le sait, les deux premiers tribunaux, au contraire des T.M.I., ne virent jamais le jour : d'un côté, les Pays-Bas refusèrent d'extrader Guillaume II vers les Puissances alliées et associées (8), de l'autre côté, la Convention de Genève de 1937 sur le terrorisme ne reçut jamais qu'une seule ratification et n'est donc pas entrée en vigueur.

(5bis) Cfr GREENWOOD, C., « Ensuring Compliance with the Law of Armed Conflict », in *Control over Compliance with International Law*, ed. bij W.E. Butler, Dordrecht, Nijhoff, 1991, p. 200.

(6) Cfr *e. g.* Convention du 9 décembre 1948 sur la répression du crime de génocide, art. I, VI et VII ; Conventions de Genève du 12 août 1949, art. 49/50/129/146 ; A/Rés. 2840 (XXVI), 18 déc. 1971, 3074 (XXVIII), 3 déc. 1973 ; etc.

(7) Texte in GLASER, S., *Droit international pénal conventionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1970, pp. 233 ss. ; pour un commentaire, SORLLE, A., « Le terrorisme international », *R.C.A.D.I.*, 1938, III, vol. 65, pp. 139 ss.

(8) Voy. DECAUX, E., « Le statut du chef d'Etat déchu », *A.F.D.I.*, 1980, pp. 105 ss.

Il demeure toutefois un point commun à tous ces tribunaux : la cause de leur création, à savoir, des événements particulièrement choquants et douloureux pour l'opinion publique occidentale — la 1^{re} guerre mondiale pour le Traité de Versailles, l'attentat de Marseille du 9 octobre 1934 (9) pour les Conventions de Genève de 1937, la 2^e guerre mondiale pour les T.M.I. de Nuremberg et de Tokyo, le conflit yougoslave pour l'actuel Tribunal.

Mais si nous limitons la comparaison aux tribunaux ayant vu le jour, on constate que le contexte de la création des deux T.M.I. et du présent Tribunal était bien différent : en 1945, les deux T.M.I. avaient été créés par les vainqueurs de la 2^e guerre mondiale pour juger des personnes qui se trouvaient entre leurs mains alors qu'ici, le Tribunal est créé par une instance — le Conseil de sécurité — qui à ce jour, reste plutôt tierce aux conflits yougoslaves, même si son implication à leur égard ne cesse de croître ; quant aux futurs accusés, ils sont en liberté.

Il n'en reste pas moins intéressant d'examiner le Statut du présent Tribunal en le comparant avec celui de ses illustres devanciers, principalement Nuremberg et Tokyo (10), et en confinant l'analyse à l'essentiel. Aborder ou résoudre tous les problèmes juridiques que le Statut soulève exigerait qu'on y consacre un livre !

A fortiori, n'aborderons-nous pas non plus les problèmes complexes de la partition tant de la Yougoslavie que des États qui en sont nés.

4. Dans les pages qui suivent, on examinera donc succinctement
- le fondement juridique de la création du Tribunal (I) ;
 - les compétences du Tribunal (II) ;
 - l'organisation institutionnelle du Tribunal (III) ;
 - la procédure (IV) ;
 - les moyens de défense de l'accusé (V) ;
 - les peines (V) ;
 - l'avenir du Tribunal (VII).

I. LE FONDEMENT JURIDIQUE DE LA CRÉATION DU TRIBUNAL

5. Le Tribunal s'apparente à un organe subsidiaire du Conseil de sécurité créé en vertu de l'art. 29 de la Charte (11). On ne s'étonnera donc pas du fait que les membres du Tribunal bénéficient des privilèges et immunités

(9) Il s'agissait de l'assassinat, à Marseille, du roi Alexandre 1^{er} de Yougoslavie et du ministre français des affaires étrangères, J.-L. Barthou par un oustachi croate, *Keesing's Contemporary Archives*, 1934, p. 1393.

(10) En l'absence d'indication contraire, les n^o d'articles cités dans les pages qui suivent, renvoient, selon le contexte, à la Convention de 1937 précitée, au Statut du T.M.I. de Nuremberg ou à la Charte du T.M.I. de Tokyo.

(11) *Rapport du Secrétaire général*, p. 9 § 28.

prévus par la Convention des N. U. du 13 février 1946 et que ses dépenses sont imputées au budget ordinaire de l'ONU (art. 30 et 32).

L'établissement de ce Tribunal par une décision institutionnelle plutôt que par une convention internationale, n'est pas sans rappeler la manière dont le Tribunal de Tokyo avait été constitué, à savoir, non par un traité, mais également par un acte unilatéral, *i. e.* une « proclamation spéciale » du Commandement suprême des forces alliées en Extrême Orient, elle-même basée sur l'acte de reddition du Japon du 2 septembre 1945 et la Conférence de Moscou du 26 décembre 1945 (12).

L'avantage d'une procédure de création institutionnelle réside dans le fait que l'organe ainsi créé peut fonctionner immédiatement sans dépendre des contraintes et des aléas inhérents à une création conventionnelle classique (lourdeur d'une conférence diplomatique, lenteur et rareté éventuelles des ratifications ou adhésions, etc) (13).

6. Certes, on ne manquera pas de s'interroger sur le pouvoir du Conseil de sécurité de créer un organe de ce type au regard des compétences que la Charte lui reconnaît. Pour un auteur, ce pouvoir

« est manifestement exorbitant par rapport aux fonctions et pouvoirs de ce Conseil tels que réglés par les art. 24 à 26 de la Charte » (14)

Cette compétence ne paraît cependant pas douteuse dans le cas *particulier* des conflits yougoslaves parce que ceux-ci portent objectivement atteinte au maintien de la paix et de la sécurité internationales, et que confronté à une situation où les victimes (morts, blessés, réfugiés) se comptent par centaines de milliers et où les conflits internes dégénèrent en conflits internationaux, le Conseil de sécurité nous paraît fondé à invoquer ici le Chapitre VII de la Charte (15) pour justifier la création du Tribunal. Le Secrétaire général a donc raison d'y voir une forme de mesure coercitive (16).

Dans ces conditions et vu que le Tribunal est créé par une *décision* du Conseil de sécurité, son Statut et les conséquences juridiques qui en découlent s'imposent à tous les États conformément à l'effet juridique qu'il convient d'accorder aux décisions du Conseil de sécurité en vertu de l'art. 25 de la Charte.

Chaque État membre des N. U. devra donc apporter au Tribunal la coopération judiciaire nécessaire, y compris, le cas échéant la livraison des per-

(12) Sur ce point, cf. DAVID, E., « L'actualité juridique de Nuremberg », in *Le procès de Nuremberg — Conséquences et actualisation*, Colloque du 27 mars 1987, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 114.

(13) *Rapport du Secrétaire général*, p. 8 §§ 19-22.

(14) ANDRIES, A. « Les aléas juridiques de la création du Tribunal international pour les crimes de guerre commis depuis 1991 sur le territoire de l'ex-Yougoslavie », *Journal des Procès* (Bruxelles), n° 239, 14 mai 1993, p. 17.

(15) S/Rés. 827 (1993), dernier al. du préambule.

(16) *Rapport du Secrétaire général*, pp. 8-9 §§ 22-23, 27-28.

sonnes recherchées. Il en résulte que, dans le contexte très particulier du drame Yougoslave, si un État subordonne l'extradition d'une personne à diverses conditions prévues par son droit interne, ces conditions ne pourraient pas faire échec à la livraison de cette personne au Tribunal si celui-ci la réclame. Le caractère absolu de l'obligation de livrer la personne en cause découle de la primauté du droit international sur le droit interne et de l'absence de réserve dans le Statut au droit de l'État requis — au contraire de ce que prévoient beaucoup de conventions de droit pénal international en cas d'extradition (17).

7. Rien ne semble s'opposer non plus à l'applicabilité directe du Statut dans l'ordre juridique interne des États membres des N. U., mais les États qui acceptent le droit international sans procédure de réception seraient sans doute bien avisés en prenant les mesures nécessaires au plan législatif ou constitutionnel pour que le Statut du Tribunal produise ses effets juridiques sur leur territoire sans difficulté particulière.

En Belgique, l'art. 25bis de la Constitution (18) devrait permettre aux autorités de remplir les obligations résultant du Statut, mais il faudrait que ce Statut soit publié au *Moniteur* pour qu'il soit opposable aux particuliers (19).

En ce qui concerne le territoire yougoslave, le rapport du Secrétaire général n'a émis aucun doute sur l'applicabilité directe à ce territoire des incriminations de droit international humanitaire conventionnel et coutumier énoncées au Statut (20), cette applicabilité paraissant probablement évidente.

II. LES COMPÉTENCES DU TRIBUNAL

A. *Les compétences ratione materiae*

8. Comme on l'a dit (*supra* § 1), le Tribunal a été créé pour

« juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 » (art 1^{er}).

(17) *E. g.* Convention de La Haye du 16 décembre 1970 pour la répression de la capture illécite d'aéronefs, art. 8 §§ 2-3 ; Convention de Montréal du 23 septembre 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, art. 8 §§ 2-3 ; Convention des Nations Unies du 14 décembre 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, art. 8 §§ 2-3 ; Convention des Nations Unies du 13 décembre 1979 contre la prise d'otages, art. 10 §§ 2-3 ; Convention de Vienne et New York du 3 mars 1980 sur la protection physique des matières nucléaires, art. 11 §§ 2-3 ; Convention de Rome du 10 mars 1988 pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime, art. 11 §§ 2-3, etc.

(18) Art. 25bis : « L'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public. »

(19) Cfr Cass. 19 mars 1981, P. 1981, I, 779 et *J.T.*, 1982, 565 et note VERHOEVEN.

(20) *Rapport du Secrétaire général*, pp. 10 ss.

Les « violations graves du droit international humanitaire » qui sont visées par cet article et qui constituent l'objet de la compétence *ratione materiae* du Tribunal, comprennent un panachage d'incriminations s'apparentant *grosso modo* aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité. Toutefois, si l'on parle d'incriminations, cela suppose qu'il existe un droit dont certaines violations ont été érigées en infractions. Il convient donc, avant d'examiner le contenu de ces incriminations (2), de déterminer le droit applicable par le Tribunal (1).

1. *Le droit applicable par le Tribunal.*

9. Le Tribunal a pour mission de juger des faits commis dans le cadre de conflits armés. Il devra donc appliquer les règles spécifiquement prévues pour ce type de situation, à savoir le droit des conflits armés, et dans ce droit, les normes liant certainement les parties en cause (*cf. infra* § 21).

Or ce droit ne s'applique intégralement que dans l'hypothèse d'un conflit armé *international*, et très partiellement dans l'hypothèse d'un conflit armé interne. Il faudra par conséquent commencer par déterminer quelle est la nature des conflits qui se sont déroulés et continuent à se dérouler sur le territoire yougoslave et ex-yougoslave pour savoir si c'est tout le droit des conflits armés ou seulement une partie de celui-ci que le Tribunal devra appliquer (a).

Une fois ce problème résolu, et eu égard au fait que de nouveaux sujets de droit international sont nés sur les ruines de l'ex-Yougoslavie, il faudra voir dans quelle mesure le droit applicable par le Tribunal lie ces nouveaux sujets de droit (b).

a) *La nature des conflits armés.*

10. Les conflits qui ont déchiré la Yougoslavie depuis 1991 ont été tantôt internes, tantôt internationaux : internes lorsqu'ils opposaient les forces slovènes et croates à l'armée nationale yougoslave avant que le Gouvernement de Belgrade ne reconnaisse, fût-ce implicitement, les sécessions ; internes encore lorsqu'ils opposent le Gouvernement de Sarajevo aux seules milices serbes et croates de Bosnie-Herzégovine. Cependant, ces mêmes conflits deviennent internationaux lorsqu'ils opposent les forces d'un État sécessionniste à l'État d'origine ou à un autre État sécessionniste, ou lorsque le conflit interne fait l'objet d'interventions extérieures.

Sans entrer dans le détail de cette question qui pourrait donner matière à de très longs développements en fait comme en droit (21), nous nous bornerons à observer qu'un même conflit peut commencer par être interne,

(21) Cfr DAVID, E., *Éléments de droit des conflits armés*, Presses universitaires de Bruxelles, 1991-1992, pp. 54 ss.

pour devenir ensuite international. C'est ainsi que dans le cas d'une sécession, le conflit qui oppose l'État à la partie sécessionniste est certainement interne aussi longtemps qu'une des conditions suivantes n'est pas réalisée :

- l'État a reconnu la sécession ;
- l'État a fait une reconnaissance de belligérance ;
- le conflit fait l'objet d'interventions extérieures substantielles ;
- le Conseil de sécurité reconnaît le caractère international du conflit.

Dans le cas des conflits yougoslaves, on peut, par exemple, retenir les éléments de fait suivants :

- en adoptant le 27 avril 1992 sa nouvelle constitution instituant la « République fédérative de Yougoslavie » formée uniquement des républiques de Serbie et du Monténégro, l'Assemblée fédérale yougoslave a reconnu implicitement la sécession de la Slovénie, de la Croatie, de la Bosnie-Herzégovine et de la Macédoine, même si le nouvel État a prétendu subordonner la reconnaissance des nouvelles républiques au règlement de certaines questions en suspens (22) ;
- en affirmant que toutes les parties en Bosnie-Herzégovine « sont tenues de se conformer aux obligations découlant du droit humanitaire international et en particulier des Conventions de Genève du 12 août 1949 » (23),

le Conseil de sécurité a implicitement reconnu le 13 juillet 1992 que le conflit qui se déroulait sur ce territoire était international puisque les Conventions de Genève ne s'appliquent qu'en cas de « conflit armé survenant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes » (art. 2 commun).

Ce ne sont que des exemples qui montrent que si le Tribunal veut agir avec précision et ne pas se contenter d'affirmations générales et lapidaires, il devra pour chaque infraction qui lui est soumise voir exactement quand elle a été commise afin de déterminer quelle était la nature du conflit — interne ou international — à ce moment, et par voie de conséquence, quel était le droit applicable — tout le droit des conflits armés ou seulement une partie de celui-ci. Cet examen est tout spécialement requis pour l'imputation d'un « crime de guerre » (*infra* § 16) ; on verra en revanche qu'il ne présente pas la même importance pour l'imputation d'un crime contre l'humanité (*infra* § 23).

La Commission d'experts désignés par le Secrétaire général, sur demande du Conseil de sécurité (24) pour rendre ses conclusions sur les violations des Conventions de Genève et du droit humanitaire international commises en Yougoslavie ne s'est pas embarrassée de tant de subtilités. Après avoir

(22) *Keesing's Record of World Events*, 1992, p. 38848.

(23) S/Rés. 764, 13 juillet 1992, § 10.

(24) S/Rés. 780, 6 octobre 1992, § 2.

constaté l'abondance de paramètres et de variables à prendre en considération pour qualifier les différents conflits, la Commission s'est sortie de ce sac de noeuds à la manière d'Alexandre tranchant le noeud gordien, c'est-à-dire, en considérant simplement que l'ensemble du droit des conflits armés s'appliquait à l'ensemble des conflits armés yougoslaves ! La Commission écrit :

« La Commission est d'avis toutefois qu'étant donné la nature et la complexité des conflits armés en cause, ainsi que la multiplicité des accords sur les questions humanitaires que les parties ont conclu entre elles, elle est fondée à considérer que les règles applicables aux conflits armés internationaux peuvent s'appliquer à l'ensemble des conflits armés ayant pour cadre le territoire de l'ex-Yougoslavie. » (25)

Ce que le droit y perd en rigueur, il le regagne en humanité. En faisant fi de toute nuance, la Commission aura au moins eu le mérite de chercher à faire progresser le droit humanitaire en assouplissant ses conditions d'application ...

b) *Le droit liant les États en cause.*

11. Les faits dont le Tribunal aura à connaître ont été commis tantôt en Yougoslavie, tantôt sur le territoire d'un ou plusieurs des États nés du démembrement de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, à savoir la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro), la Slovénie, la Croatie, la Bosnie-Herzégovine ou la Macédoine (cette dernière hypothèse étant pour l'instant exclue puisque jusqu'à présent, la Macédoine a réussi à rester à l'écart du conflit).

12. Quand le fait est commis sur le territoire yougoslave, il est évidemment soumis à l'ensemble des règles liant la Yougoslavie. *In casu*, celle-ci était liée par plusieurs instruments pertinents du droit humanitaire : la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 (appelée ci-après « Convention sur le génocide »), la Convention de La Haye du 14 mai 1954 sur la protection des biens culturels (appelée ci-après « Convention de 1954 »), les 4 Conventions de Genève du 12 août 1949 sur la protection des victimes de la guerre (appelées ci-après « Conventions de Genève de 1949 »), les 2 Protocoles du 8 juin 1977 additionnels aux Conventions de Genève de 1949 (appelés ci-après « Protocoles additionnels »), la Convention des N. U. du 10 avril 1981 sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination (appelée ci-après « Convention des N. U. de 1981 ») (26).

(25) Rapport intérimaire de la Commission d'experts constituée conformément à la Rés. 780 (1992) du Conseil de sécurité, Doc. ONU S/25274, 26 janvier 1993, p. 14 § 45.

(26) Réf. in GUELFE, R. and ROBERTS, A., *Documents on the Laws of War*, Oxford, Clarendon Press, 1989, *passim*.

Quand le fait est commis sur le territoire de la République fédérative de Yougoslavie, les mêmes instruments s'appliquent puisque ce nouvel État a affirmé le 27 avril 1992 qu'il assurait « la continuité » de l'ancien État yougoslave et qu'il « respectera[ît] strictement tous les engagements que » celui-ci « a[vait] pris à l'échelon international » (27).

13. Quand ces faits sont commis sur le territoire d'une des autres nouvelles républiques, on peut soutenir que c'est toujours la même solution qu'il faut appliquer eu égard aux règles codifiées par la Convention de Vienne du 23 août 1978 sur la succession d'États en matière de traités, dont l'art. 34 § 1 établit le principe de la continuité en cas de sécession.

Il faut toutefois observer que si cette Convention a été ratifiée par la Yougoslavie le 28 avril 1980 (28), elle n'est pas encore en vigueur et il semble hasardeux de voir dans la règle de l'art. 34 § 1 une norme coutumière si l'on analyse les travaux préparatoires de cette disposition et les discussions extrêmement vives qui ont entouré son adoption (29).

De fait, c'est par « déclaration de succession » que la Slovénie, la Croatie et la Bosnie-Herzégovine sont devenues parties aux Conventions de Genève de 1949 et à leurs Protocoles additionnels, respectivement les 26 mars, 11 mai et 31 décembre 1992 (30) ; et comme on le souligne dans la *Revue internationale de la Croix-Rouge* où ces déclarations sont mentionnées, les dites déclarations *rétroagissent* au jour de l'indépendance de ces Républiques « conformément à la pratique internationale », à savoir respectivement, les 25 juin, 8 octobre 1991 et 6 mars 1992 (31). Or cette « pratique » est justement celle codifiée par l'art. 23 de la Convention de Vienne de 1978 pour le cas des États qui bénéficient du principe de la « table rase ». Cela montre bien que contrairement au prescrit de l'art. 34 § 1, il n'y a pas eu continuité et succession automatique pour les nouvelles républiques ; celles-ci ne sont liées par le droit liant la Yougoslavie que dans la mesure où elles ont déclaré y adhérer (effet *ex nunc*) ou y succéder (effet *ex tunc*, *i. e.* depuis l'indépendance de l'État successeur).

14. Lorsque le Tribunal prétendra appliquer à un accusé telle ou telle norme internationale, il devra donc vérifier dans chaque cas si au moment de l'infraction, la norme s'appliquait au territoire où cette infraction a été commise eu égard aux problèmes de succession d'États.

(27) Cité in *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil*, 1993, p. 15 § 22.

(28) *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général — état au 31 déc. 1991*, Doc. ONU ST/LEG/SER.E/10, New York 1992, p. 854.

(29) Voy. *Ann. C.D.I.*, 1974, II, 1^{re} partie, p. 270, 276 ; *Conférence des N. U. sur la succession d'États en matière de traités*, Doc. off., Doc. ONU A/Conf.80/16/Add.1, II, pp. 53 ss., 109 ss.

(30) *R.I.C.R.*, 1993, pp. 69, 73-74.

(31) *Ibid.* et *R.I.C.R.*, 1992, pp. 324-326.

Notons que dans bien des cas, le problème sera sans doute plus théorique que réel car les normes que le Tribunal est appelé à appliquer sont souvent des normes de comportement tout à fait élémentaires dont la violation est incriminée dans le droit pénal de tous les États, y compris ceux de la région. Il y aura donc probablement peu de cas où le Tribunal se trouvera confronté à un manque de règles. C'est d'autant plus vrai que les nouveaux États ayant manifesté le désir d'être reconnus comme États et de faire partie de la société internationale en ont donc implicitement accepté les règles coutumières de base dont relèvent les incriminations visées au présent Statut. *A fortiori* en va-t-il ainsi dès lors que ces États sont entrés aux N. U. (32) et ont donc accepté non seulement le droit de la Charte, mais aussi l'immense appareil de règles qui en sont dérivées.

2. Le contenu des incriminations.

15. Pour la facilité de l'exposé, nous distinguerons les infractions apparentées à des crimes de guerre *lato sensu* et celles apparentées à des crimes contre l'humanité *lato sensu*.

a) Les crimes de guerre.

16. Les art. 2 et 3 du Statut habilite le Tribunal à poursuivre les auteurs présumés d'« infractions graves aux Conventions de Genève de 1949 » et de « violations des lois ou coutumes de la guerre ». Ce sont ces faits que l'on qualifie habituellement de crimes de guerre.

Or le droit des conflits armés limite l'incrimination de ses violations à des faits commis dans le cadre d'un conflit armé *international*. Les violations des quelques règles spécifiquement applicables dans un conflit armé *non international* (art. 3 commun aux 4 Conventions de Genève de 1949, art. 19 de la Convention de La Haye de 1954, 2^e Protocole additionnel de 1977) n'ont jamais été expressément érigées en infractions internationales.

On pourrait éventuellement soutenir que les incriminations figurant dans les clauses finales des Conventions de Genève de 1949 et dans la Convention de La Haye de 1954 (*infra* § 20) couvrent également, respectivement l'art. 3 commun et l'art. 19 précités. Mais ce raisonnement se heurte au fait que le 2^e Protocole additionnel qui reprend et développe les règles énoncées dans ces deux articles, ne contient aucune disposition sur l'incrimination des violations du Protocole. Le silence du 2^e Protocole à ce sujet tend à confirmer l'idée que dans l'esprit des États parties aux Conventions de Genève de 1949 et à la Convention de La Haye de 1954, les clauses pénales de ces conventions ne s'appliquaient pas aux dispositions minimales régissant les conflits internes sinon on ne voit pas très bien pourquoi on ne les aurait pas

(32) A/Rés. 46/235-237, 22 mai 1992.

reprises dans le 2^e Protocole. Ceci n'est évidemment qu'une simple hypothèse déduite du silence du 2^e Protocole.

17. Si l'incrimination des violations du droit des conflits armés se limite à celles commises dans un conflit armé international, il en résulte que le Tribunal ne pourra poursuivre et juger une personne pour crime de guerre *stricto sensu* que dans l'hypothèse où ce crime aura été commis dans la phase « internationale » du conflit considéré. Le Tribunal devra donc vérifier si au regard des critères évoqués précédemment, le conflit était international au moment où l'infraction a été commise (*supra* § 10).

Le problème est toutefois destiné à rester sans doute quelque peu académique, car à supposer qu'un crime de guerre ne soit pas formellement un « crime de guerre » en raison du caractère interne du conflit, il sera probablement souvent assimilable à un crime contre l'humanité dans la mesure où il est commis contre des civils ... (*infra* § 23).

18. Les incriminations applicables par le Tribunal sont réparties en quatre groupes.

Le premier groupe d'incriminations visées par l'art. 2 du Statut est constitué par les « infraction graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949 » ; cet article reproduit à peu près mot pour mot chacune des infractions graves énumérées dans les dispositions finales des 4 Conventions de Genève de 1949 (art. 50/51/130/147).

19. Le deuxième groupe comprend selon l'art. 3 du Statut les « violations des lois ou coutumes de la guerre ». Sous cette qualification, on retrouve quatre incriminations classiques du droit pénal international, une incrimination nouvelle et des incriminations ... indéfinies ! ... Considérons-les séparément.

20. 1^o Les incriminations classiques sont :

i) « la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires » (art. 3 b) :

cette incrimination se borne à reproduire l'art. 6 b *in fine* du Statut du T.M.I. de Nuremberg (33) ;

ii) « l'attaque ou le bombardement par quelque moyen que ce soit, de villes, villages, habitations ou bâtiments non défendus » (art. 3 c) :

cette incrimination reproduit l'*interdiction* énoncée à l'art. 25 du Règlement annexe à la 4^e Convention de La Haye du 18 octobre 1907 sur les lois et coutumes de la guerre sur terre (appelée ci-après : « Règlement de La

(33) Sur le caractère à la fois coutumier et universel du droit de Nuremberg, DAVID, « L'actualité ... », *loc. cit.*, pp. 113 ss.

Haye ») qui n'énonce formellement aucune *incrimination* (34) ; toutefois, l'incrimination prévue par le Statut correspond dans une large mesure à l'incrimination énoncée à l'art. 85 § 3, a et d du 1^{er} Protocole additionnel de 1977 (35) ;

iii) « la saisie, la destruction ou l'endommagement délibéré d'édifices consacrés à la religion, à la bienfaisance et à l'enseignement, aux arts et aux sciences, à des monuments historiques, à des oeuvres d'art et à des oeuvres de caractère scientifique » (art. 3 d) :

cette incrimination dont le texte est fort proche de l'art. 27 du Règlement de La Haye (36), correspond plus ou moins à l'incrimination énoncée à l'art. 28 de la Convention de La Haye de 1954 (37), mais elle est *plus large* que celle énoncée à l'art. 85 § 4, d du 1^{er} Protocole additionnel puisque cette dernière disposition n'incrimine que des attaques dirigées contre des biens culturels « auxquels une protection spéciale a été accordée en vertu d'un arrangement particulier » ;

iv) « le pillage des biens publics ou privés » (art. 3 e) :

le texte reprend une autre incrimination figurant à l'art. 6 b du Statut du T.M.I. de Nuremberg.

On constate donc que les quatre incriminations considérées correspondent en substance à des incriminations du droit pénal international positif.

21. 2° L'incrimination nouvelle portée par l'art. 3 a du Statut est

« L'emploi d'armes toxiques ou d'autres armes conçues pour causer des souffrances inutiles ».

Cette incrimination correspond aux *interdictions* énoncées, notamment,

- d'un côté par le Protocole de Genève du 17 juin 1925 sur la prohibition d'emploi à la guerre, de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, et par la Convention de Paris du 13 janvier 1993 sur l'interdiction des armes chimiques ;
- d'un autre côté par certaines dispositions relatives aux armes qui causent « des maux superflus » (Déclaration de St. Pétersbourg de 1868 à

(34) Art. 25 : « Il est interdit d'attaquer ou de bombarder, par quelque moyen que ce soit, des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus. »

(35) Art. 85 § 3 : « ... les actes suivants ... sont considérés comme des infractions graves au présent Protocole :

a) soumettre la population civile ou des personnes civiles à une attaque ;

(...)

d) soumettre à une attaque des localités non défendues et des zones démilitarisées ;

(...). »

(36) Art. 27 : « Dans les sièges et les bombardements, toutes les mesures nécessaires doivent être prises pour épargner autant que possible, les édifices consacrés aux cultes, aux arts, aux sciences et à la bienfaisance, les monuments historiques, les lieux de rassemblement de malades et de blessés, à condition qu'ils ne soient pas employés en même temps à un but militaire. »

(37) L'art. 28 oblige les Etats parties à sanctionner pénalement « les personnes ... qui ont commis ou donné l'ordre de commettre une infraction à la présente Convention. »

l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre, préambule, 4^e considérant ; Règlement de La Haye de 1907, art. 23 e ; 1^{er} Protocole additionnel, art. 35 § 2 ; Convention des N. U. de 1981, préambule, 3^e considérant et Protocole 2 de cette Convention, art. 6 § 2).

La violation de ces interdictions n'a toutefois jamais été incriminée : seul l'art. 22 § 2 c du Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité élaboré par la Commission du droit international incrimine « l'emploi d'armes illicites » (38), mais ce texte est loin d'être en vigueur et il ne concerne pas expressément l'emploi d' « armes conçues pour causer des souffrances inutiles ».

Cette absence d'incrimination en droit international positif n'est pas le fait du hasard : lors de la Conférence diplomatique de Genève (1974-1977) qui a élaboré les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1949, beaucoup d'États soutenaient une proposition visant à ériger en infraction grave l'emploi d'armes interdites par le droit positif ; cette proposition n'a cependant pas été adoptée faute d'une voix pour obtenir la majorité requise des deux tiers (39).

Il faut donc souligner le « progressisme » du présent Statut puisque le Secrétaire général n'a pas hésité à ranger au nombre des incriminations dont le Tribunal pourrait connaître des faits qui n'ont pourtant jamais été incriminés par le droit pénal international.

On se demande d'ailleurs si le service chargé de rédiger ce texte s'est rendu compte qu'il apportait ainsi une fameuse pierre à l'édifice du droit international humanitaire. Le commentaire du Statut permet d'en douter puisqu'on y affirme avoir voulu limiter le droit applicable par le Tribunal au droit coutumier (40) *incontesté* eu égard à *nullum crimen* (41) :

« 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. » (42) (nous soulignons)

Or, s'il est une règle dont le caractère coutumier est douteux, c'est bien l'*incrimination* de l'emploi d'armes toxiques ou d'armes causant des souffrances inutiles puisqu'on ne voit aucun précédent conventionnel ou judi-

(38) *Rapport C.D.I.*, 1991, p. 293.

(39) *Actes de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés*, C.I.C.R., Genève, 1974-1977, vol. III, pp. 335-336, VI, pp. 290-292, X, p. 128.

(40) Sur l'application judiciaire d'incriminations coutumières du droit des conflits armés, voy. e. g. Nuremberg, U. S. Mil. Trib., 10 Febr. 1948, *List Case, A.D.*, 1948, 634-635 ; Neth., Spec. Ct. of Cass., 12 Jan. 1949, *A.D.*, 1949, 542.

(41) *Nullum crimen nulla poena sine lege ulla* est une règle de droit international reconnue notamment dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 11, et dans le Pacte des N. U. de 1966 relatif aux droits civils et politiques, art. 15.

(42) *Rapport du Secrétaire général*, p. 10 § 33.

ciaire à cette incrimination, et qu'au contraire, on a vu les États écarter, il y a une quinzaine d'années, une proposition visant à incriminer cet emploi !

Tant mieux donc pour le droit pénal international qui grâce au présent Statut, s'enrichit, « par la bande », d'une incrimination qui lui faisait cruellement défaut.

Il reste que son application à des faits commis avant l'adoption par le Conseil de sécurité du présent Statut pourrait soulever quelque difficulté au regard du principe de la non-rétroactivité des lois pénales ; à moins de considérer que ce type de fait était déjà « tenu pour criminel, d'après les principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations » (Pacte sur les droits civils et politiques, art. 15 § 2), et notamment pour la Yougoslavie qui, lors des discussions sur les infractions graves au 1^{er} Protocole additionnel, avait justement voté en faveur de la proposition visant à incriminer l'emploi d'armes illicites (43).

22. 3° Les incriminations indéfinies résultent du fait que l'art. 3 dispose que les « violations des lois ou coutumes de la guerre » dont le Tribunal pourra poursuivre les auteurs « comprennent, *sans y être limitées* : [suit la liste des infractions précitées] » (nous soulignons).

Quelles sont ces autres incriminations dont le Tribunal pourrait connaître ? En tant que « crimes de guerre », il ne pourrait s'agir que des autres « infractions graves » énumérées à l'art. 85 du 1^{er} Protocole additionnel et qui n'ont pas été mentionnées à l'art. 3 du présent Statut : attaques indiscriminées, attaques contre des ouvrages contenant des forces dangereuses, attaques de personnes hors de combat, etc ...

Est-ce à dire que les autres violations du droit des conflits armés ne constituent en aucun cas des « crimes de guerre » ? Il serait sans doute excessif de répondre par l'affirmative dans un domaine où il faut se garder d'un excès de purisme ou d'académisme. C'est ainsi qu'à Nuremberg, le T.M.I. n'a pas hésité à qualifier de crimes de guerre des violations du Règlement de La Haye alors que celui-ci n'énonce aucune incrimination (44) ! La pratique antérieure justifiait pourtant cette solution (45).

b) *Les crimes contre l'humanité.*

23. Les deux derniers groupes d'incriminations comprennent le « génocide » et les « crimes contre l'humanité » nommément désignés.

Au contraire des crimes de guerre (*supra* §§ 16-17), l'incrimination du génocide et des crimes contre l'humanité n'est nullement liée dans le droit

(43) *Actes, op. cit.*, VI, p. 290.

(44) *Procès des grands criminels de guerre devant le T.M.I., Nuremberg 14 nov. 1945-1^{er} oct. 1946*, Doc. off., I, p. 233 ; voy. aussi p. 266.

(45) DAVID, « L'actualité ... », *loc. cit.*, p. 97.

international général contemporain à l'existence d'un conflit armé, qu'il soit international ou non (46). L'art. 5 du Statut ne va cependant pas aussi loin et limite le champ d'application des crimes contre l'humanité à ceux commis « au cours d'un conflit armé ». Toutefois, il précise que ce conflit peut être « de caractère international ou interne ».

Dans le cas yougoslave, la limitation de l'incrimination des crimes contre l'humanité à un contexte de conflit armé ne devrait pas beaucoup entraver l'action répressive du Tribunal car la plupart des faits qui lui seront soumis auront probablement été commis à l'occasion, ou dans le cadre, de conflits armés.

En ce qui concerne le génocide (art. 4), le Statut ne conditionne pas son incrimination à un contexte particulier. Ceci est conforme à la Convention sur le génocide de 1948 qui incrimine ce fait sans tenir compte du contexte dans lequel il est commis.

Il en résulte qu'un certain nombre de comportements qui ne pourraient pas être assimilés *stricto sensu* à des crimes de guerre eu égard au fait qu'ils n'auraient pas été commis dans le cadre d'un conflit armé international pourront toutefois tomber sous le coup du génocide ou des crimes contre l'humanité si ces faits correspondent aussi à une de ces qualifications. On verra que ce n'est pas toujours le cas (*infra* § 29).

Examinons à présent un peu plus en détail ces deux incriminations.

24. Le « génocide » forme le troisième groupe d'incriminations prévues par le Statut du Tribunal en son art. 4 ; l'article se borne à reproduire à peu près mot à mot les art. II et III de la Convention du 9 décembre 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide.

25. Enfin, le quatrième groupe d'incriminations visées à l'art. 5 du Statut est constitué par les « crimes contre l'humanité » « dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit », à savoir d'une part les « persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses », d'autre part l' « assassinat », l' « extermination », la « réduction en esclavage », l' « expulsion », l' « emprisonnement », la « torture », le « viol » et les « autres actes inhumains ».

Cet article reprend *mutatis mutandis* l'art. 6 c du Statut du T.M.I. de Nuremberg dont les termes avaient déjà été plus ou moins fidèlement reproduits à l'art. 5 c du Statut du T.M.I. de Tokyo. On y a ajouté l'emprisonnement, la torture et le viol qui n'étaient pas nommément cités dans les Statuts des T.M.I. de Nuremberg et de Tokyo.

Cette disposition appelle plusieurs remarques.

(46) *Ibid.*, pp. 126-130.

26. 1° L'art. 5 du présent Statut conduit à une forte dilution du concept de « crime contre l'humanité », mais ceci va dans le sens d'une certaine évolution doctrinale.

A Nuremberg, il ressortait assez clairement, sinon du texte de l'art. 6 c du Statut, du moins de l'acte d'accusation, que les crimes contre l'humanité considérés se caractérisaient par leur finalité politique, raciale ou religieuse (47). Les projets de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité élaborés par la Commission du droit international en 1954 (art. 2 §§ 10-11) (48), et par son Rapporteur spécial en 1986 (art. 12 § 4) (49) allaient dans un sens analogue.

Le projet adopté par la C.D.I. en 1991 substitue à la notion de « crime contre l'humanité » celle de « violations massives ou systématiques des droits de l'homme » ; cette notion comprend « l'homicide intentionnel », « la torture », la réduction en esclavage, « la persécution pour des motifs sociaux, politiques, raciaux, ... », « la déportation ... de populations » : le critère des mobiles est désormais limité aux seules « persécutions ». A part le cas de la déportation, tous les faits incriminés doivent être massifs ou systématiques (50). On peut donc parler d'une extension de l'incrimination.

Le présent Statut va plus loin en qualifiant de crimes contre l'humanité une série de faits pris comme tels et indépendamment aussi bien de leur caractère massif ou systématique que de la motivation politique, raciale ou religieuse ; cette motivation n'est retenue que pour les « persécutions ». En dehors de celles-ci, le Statut tend à abolir pour les autres faits toute frontière entre les crimes contre l'humanité et

- les crimes de guerre correspondants commis dans le cadre d'un conflit armé par les membres d'une partie au conflit contre les membres d'une autre partie au conflit ;
- les crimes de droit commun correspondants.

Certains y verront sans doute une banalisation de l'infraction et regretteront que des abominations massives soient mises sur le même pied que des infractions isolées de droit commun, mais on peut aussi se demander si pour la victime considérée individuellement et dont la souffrance ne dépend pas de la qualification du fait, cela fait une grande différence ... N'est-ce même pas mieux ainsi dès lors que le crime contre l'humanité est imprescriptible (51) ?

(47) *Procès, loc. cit.*, pp. 69-70.

(48) *Rapport C.D.I.*, 1954, p. 12.

(49) *Ibid.*, 1986, pp. 116 et 120.

(50) *Ibid.*, 1991, p. 289.

(51) Voy. les conventions des N. U. du 26 novembre 1968 et du Conseil de l'Europe du 25 janvier 1974 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ; cfr DAVID, « L'actualité ... », *loc. cit.*, pp. 156-159.

27. 2° La dilution de l'incrimination ne s'arrête pas là : certains faits incriminés par l'art. 5 du Statut — l'emprisonnement et l'expulsion — correspondent en droit interne à des sanctions pénales ou administratives légales alors qu'ici, ils sont constitutifs de crimes contre l'humanité ! On aboutit à une confusion des genres faute de critères pour distinguer les uns des autres. C'est au Tribunal qu'il appartiendra d'établir par sa jurisprudence, une critérogologie qui se fondera sans doute sur le contexte dans lequel ces faits ont été commis pour les différencier des comportements légaux correspondants.

28. 3° On peut s'interroger sur le fait que l'art. 5 h du présent Statut parle de « persécutions pour des raisons politiques, raciales *et* religieuses » (nous soulignons) alors que les Statuts des T.M.I. de Nuremberg et de Tokyo incriminaient les « persécutions pour des motifs politiques, raciaux *ou* religieux » (Nuremberg, art. 6 c) ou les « persécutions pour des raisons politiques *ou* raciales (Tokyo, art. 5 c) (nous soulignons) : erreur de plume ou intention délibérée de limiter les persécutions à celles commises pour ce triple motif ? Il s'agit sans doute d'une erreur car dans le commentaire du projet de Statut élaboré par le Secrétaire général, on lit que

« Les crimes contre l'humanité désignent des actes inhumains d'une extrême gravité ... commis ... pour des raisons nationales, politiques, ethniques, raciales *ou* religieuses. » (52) (nous soulignons).

La présence d'un seul de ces mobiles suffit donc pour réaliser l'infraction visée par l'art. 5 h.

29. 4° Dans leur souci visible de définir les incriminations du Statut en reprenant les termes des incriminations correspondantes du droit pénal international positif (*supra* §§ 20, 24 et 25), les auteurs du Statut aboutissent parfois à des restrictions inattendues. C'est ainsi qu'en limitant les « crimes contre l'humanité » à ceux « dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit », l'art. 5 s'inspire des art. 6 c et 5 c des statuts des T.M.I. respectivement de Nuremberg et de Tokyo qui incriminaient au titre des crimes contre l'humanité des faits commis « contre toutes populations civiles ». Qu'à cette époque, on limitât ainsi le champ d'application de l'incrimination ne portait guère à conséquence car commis contre des militaires ennemis, les mêmes faits restaient des « crimes de guerre » (Nuremberg, art. 6 b ; Tokyo, art. 5 b).

Or si dans le cadre d'un conflit qui avait été exclusivement international, cette limitation de la notion n'entraînait guère de lacunes pour l'application du droit pénal international, en revanche, dans le cadre de conflits armés internes, le juge risque d'être confronté à des crimes qui ne seraient pas des crimes de guerre *stricto sensu* puisque le conflit n'est pas international

(52) Rapport du Secrétaire général, p. 14 § 48.

(*supra* § 16) et qui ne seraient pas non plus des crimes contre l'humanité si ces faits étaient commis non contre des civils, mais contre des militaires.

L'hypothèse n'a rien de théorique : supposons que lors de la phase interne d'un des conflits yougoslaves, les forces armées d'une partie massacrent des membres des forces armées de l'autre partie alors qu'ils s'étaient rendus et constitués prisonniers, il n'y aurait formellement ni « crime de guerre » (puisque le conflit n'était pas international), ni « crime contre l'humanité » (puisque les victimes n'étaient pas des civils) dont le Tribunal pourrait connaître ! ...

Confronté au souci de ne pas laisser impuni un fait aussi révoltant, le Tribunal n'aurait d'autre ressource que de « solliciter » la qualification du conflit en considérant qu'il est international, ou de « solliciter » le champ d'application des crimes de guerre en considérant que cette incrimination couvre les conflits armés non internationaux. Cette dernière solution ne doit pas être exclue. En sa faveur, on pourrait faire valoir, entre autres, certains arguments déjà évoqués (*supra* § 16, 3^o al.), ou à titre de précédent, certaines audaces juridiques apparaissant dans le raisonnement tenu à Nuremberg (e. g. *supra* § 22 *in fine*) (53) et dans celui de la Commission d'experts chargés de conclure sur les violations du droit humanitaire en Yougoslavie (*supra* § 10 *in fine*)

30. 5^o Le « nettoyage » ou l' « épuration ethnique » ne sont pas cités parmi les faits visés, mais ils tombent sous le coup soit du crime contre l'humanité dans la mesure où il s'agit d' « expulsions », de « persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses », ou d' « autres actes inhumains » (54), soit du génocide dans la mesure où l'A. G. des Nations Unies a qualifié le « nettoyage ethnique » de « forme de génocide » (55) .

3. *Conclusions sur la compétence ratione materiae du Tribunal.*

31. La compétence *ratione materiae* du Tribunal entend clairement s'aligner sur le droit pénal international positif applicable sur le territoire de l'ex-Yougoslavie (*supra* § 21).

Elle est évidemment plus large que la compétence qui était reconnue à la Cour pénale de 1937 et qui était limitée aux actes de terrorisme. En revanche, si on la compare à la compétence des T.M.I. de Nuremberg et de Tokyo, elle apparaît à la fois plus large et plus étroite.

Plus large dans la mesure où les crimes de guerre visés par le Statut, loin de se limiter aux violations graves du droit de Genève, s'étendent à des violations graves du droit de la Haye qui n'étaient pas visées par les statuts des Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo ; en outre, cette compétence va

(53) Pour d'autres exemples significatifs, DAVID, « L'actualité ... », *loc. cit.*, pp. 111, 170-171.

(54) *Rapport du Secrétaire général*, p. 14 § 48.

(55) A/Rés. 47/121, 18 déc. 1992, préambule, 9^o considérant ; 102-0-57.

même plus loin que ce qui est prévu par l'art. 85 du 1^{er} Protocole additionnel pour l'incrimination de certaines violations du droit de la Haye puisque la liste des infractions graves figurant à l'art. 3 du présent statut est exemplative et énonce d'ailleurs des faits non visés à l'art. 85 (*supra* §§ 21-22).

La compétence du Tribunal est plus large aussi dans la mesure où elle comprend outre les crimes contre l'humanité *stricto sensu* (art. 5), le génocide (art. 4) qui n'était pas désigné comme tel dans les statuts des T.M.I. de Nuremberg et de Tokyo mais dont la réalité tombait sous le coup des dispositions relatives aux crimes contre l'humanité.

La compétence *ratione materiae* du Tribunal est cependant plus étroite que celle des T.M.I. de Nuremberg (art. 6 a) et de Tokyo (art. 5 a) dans la mesure où elle ne s'étend pas aux crimes contre la paix.

B. La compétence *ratione personae*

32. La compétence *ratione personae* est limitée aux personnes *physiques*, auteurs, co-auteurs, complices et instigateurs des crimes précités (art. 6-7). Le Statut ne contient pas de disposition prévoyant la possibilité de poursuivre pénalement des personnes morales publiques ou privées, ou même simplement de déclarer criminels des groupes ou organisations à l'instar de ce qui était prévu à Nuremberg (art.10).

33. Le crime de guerre commis par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale ou disciplinaire s'ils savaient que ce crime allait être commis et s'ils n'ont pas pris les mesures propres à l'empêcher (art. 7 § 3). Cette règle figure déjà dans le 1^{er} Protocole additionnel (art. 86 § 2) (56). Il en résulte qu'un crime de guerre commis par un subordonné peut également être imputé, en tout ou partie, au supérieur qui n'a pas pris les mesures nécessaires pour le prévenir ou le réprimer, ainsi que cela ressort aussi des statuts et des jugements des T.M.I. de Nuremberg (art. 6 *in fine*) (57), de Tokyo (art. 5 *in fine*) (58), et de précédents tels que les aff. *Yamashita* (59), *List* (60), *Meyer* (61), *Von Leeb* (62).

(56) Cfr Neth., Spec. Crt. of Cass., 9 Apr. 1950, *Grundmann, A.D.*, 1949, 389-9.

(57) Voy. aussi *Jugement, Procès, loc. cit.*, I, pp. 309, 312, 315, 321.

(58) Voy. aussi Jugement in *The Tokyo Judgment*, ed. by B.V.A. RÖLING and C.F. RÜTER, Univ. Press Amsterdam, 1977, I, pp. 30, 442, 446 ss.; cfr aussi DAVID, «L'actualité...», *loc. cit.*, pp. 136-137.

(59) Manila, U.S. Mil. Comm., 7 Dec. 1945, *A.D.*, 1946, 257.

(60) Nuremberg, U. S. Mil. Trib., 19 Febr. 1948, *A.D.*, 1948, 652.

(61) Aurich, Can. Mil. Crt., 28 Dec. 1945, *A.D.*, 1946, 332-333.

(62) Nuremberg, U. S. Mil. Trib., 28 Oct. 1948, *A.D.*, 1948, 387.

C. *Les compétences ratione loci et ratione temporis*

34. La compétence *ratione loci* et *ratione temporis* est limitée aux faits survenus sur le territoire de l'ex-Yougoslavie « entre le 1^{er} janvier 1991 et une date que déterminerait le Conseil (de sécurité) après la restauration de la paix. » (art. 8 et S/Rés. 827, 25 mai 1993, § 2).

A l'inverse de la Cour pénale de 1937, le Tribunal est donc, comme les T.M.I. de Nuremberg et de Tokyo, une juridiction circonstancielle, qui ne devrait pas survivre aux événements qui l'ont fait naître. Il est significatif que le § 2 de la résolution 827 du Conseil de sécurité (qui crée le Tribunal) reprend la formulation du § 2 de la résolution 808 (qui adoptait le principe de créer un tribunal), mais avec une modification révélatrice de la portée limitée de ce Tribunal, à savoir, qu'il est créé « *dans le seul but* de juger les personnes présumées, etc ... » (nous soulignons) (comp. avec le texte initial de la résolution 808, *supra* § 1).

Sur le plan géographique, la compétence du Tribunal est moins vaste que celle du T.M.I. de Nuremberg qui devait « juger les criminels de guerre dont les crimes sont sans localisation géographique précise » (Accord de Londres du 8 août 1945, art. 1), mais cette différence s'explique en raison d'une part du caractère mondial de la guerre 40-45, d'autre part du caractère limité au territoire yougoslave du conflit serbo-croato-musulman. Il n'y avait pas non plus de limitation géographique à la compétence du Tribunal de Tokyo et de celui prévu par la Convention de 1937.

35. En cas de concurrence de juridictions, le Tribunal a priorité sur les juridictions nationales dans la mesure où celles-ci peuvent connaître des faits en cause, mais doivent se déssaisir en faveur du Tribunal si celui-ci le leur demande (art. 9). Ce point n'était pas réglé clairement dans les statuts des T.M.I. de Nuremberg et de Tokyo. Le problème ne se posait pas pour la Cour pénale de 1937 car, à l'inverse des autres tribunaux, sa compétence était *optionnelle* : chaque État contractant avait « la faculté, au lieu de faire juger par ses propres juridictions, de déférer l'accusé à la Cour » (art. 2 § 1) (nous soulignons). A cet égard, la Convention de 1937 était le système qui ménageait le plus la souveraineté des États.

III. L'ORGANISATION INSTITUTIONNELLE DU TRIBUNAL

36. Le Tribunal, dont le siège sera à La Haye (art. 31) (63), comprend 11 juges (art. 11-12). La Cour pénale de 1937 devait être composée de 5 juges

(63) La Cour pénale de 1937 devait également siéger à La Haye (Convention précitée de 1937, art. 4).

titulaires et de 5 juges suppléants choisis par la C.P.J.I. sur une liste où chaque État contractant pouvait présenter deux candidats (art. 6-7). A Nuremberg, le Tribunal comprenait 4 juges et 4 suppléants désignés par les 4 Puissances signataires de l'Accord de Londres du 8 août 1945 (France, E.-U., R.-U. et U.R.S.S.) (Statut du T.M.I., art. 2) tandis qu'à Tokyo, le Tribunal pouvait comprendre 6 à 11 membres choisis par le Commandant en chef pour les Puissances alliées sur la liste des noms soumise par les pays signataires de l'instrument de capitulation ainsi que par l'Inde et les Philippines (Charte du Tribunal militaire international, art. 2). (64)

37. Les candidats à la fonction de juge sont élus par l'A. G. sur une liste comprenant un maximum de 33 personnes ; cette liste est établie par le Conseil de sécurité à partir d'une première liste faite par les États membres, chacun d'eux pouvant présenter deux candidats qui doivent être de nationalité différente (art. 13). Le système est donc différent de celui prévu pour l'élection des membres de la C.I.J. ; il n'y a notamment pas de double scrutin au Conseil de Sécurité et à l'A. G. (Statut C.I.J., art. 4-14).

38. Les 11 juges du Tribunal sont répartis entre deux Chambres de 1^{re} instance de 3 juges et une Chambre d'appel de 5 juges (art. 11-12). Il est en effet possible pour une personne condamnée, ou pour le Procureur (ci-dessous), d'introduire un recours contre les décisions rendues en 1^{re} instance, mais cet appel n'est recevable que s'il porte sur une erreur de fait qui entraînerait un déni de justice (art. 25).

Le droit d'appel est plus étroit que celui qui existe en droit interne où, sauf exceptions prévues par la loi, il est admis à l'égard de toute décision qui fait grief à l'appelant. Il est toutefois plus large que le pourvoi en cassation dans la mesure où la Chambre d'appel peut connaître du fait alors que la Cour de cassation, en Belgique, ne peut — en principe — connaître que du droit. En outre, la Chambre d'appel tranche au fond en confirmant, annulant ou révisant la décision entreprise (art. 25 § 2).

39. La création d'un double degré de juridiction est une nouveauté par rapport à Nuremberg où la décision était « définitive et non susceptible de révision » (Statut du T.M.I., art. 26). A Tokyo, il était seulement prévu que le Commandant en chef suprême pour les Puissances alliées pouvait atténuer la sentence (Charte du T.M.I., art. 17). Quant à la Cour pénale de 1937, un recours en révision des arrêts de condamnation n'était possible que pour les cas fixés dans le règlement que la Cour aurait dû adopter (art. 43).

(64) Il y eut 11 juges ; chacun d'eux avait la nationalité d'un Etat en guerre avec le Japon : Australie, Canada, Chine, R.-U., France, Inde, P.-B., Nouvelle-Zélande, Philippines, E.-U. et U.R.S.S. ; *The Tokyo Judgement, op. cit.*, I, p. XI.

Le double degré de juridiction n'est cependant pas inconnu en droit international. Si on ne le trouve pas pour la C.I.J. ou les Cours européenne et américaine des droits de l'homme, ou la Cour de Justice des Communautés européennes, ces juridictions sont elles-mêmes pour certains contentieux, et sous certaines formes, des juridictions d'appel : ainsi, la C.I.J. pour les décisions des tribunaux administratifs des Nations Unies (65) et de l'O.I.T. (66), les Cours de Strasbourg et de San José pour les rapports respectivement des Commissions européenne (67) et américaine des droits de l'homme (68), la Cour de Luxembourg pour les décisions du Tribunal de 1^{re} instance (69). Rappelons aussi que la XII^e Convention de la Haye de 1907 prévoyait la possibilité d'interjeter appel contre les décisions des tribunaux nationaux de prise devant la Cour internationale des prises (70) mais celle-ci n'a jamais vu le jour car la Convention, bien que signée par 33 États, n'a obtenu qu'un seul instrument d'adhésion et aucune ratification (71).

40. Le Tribunal comprend également un Procureur nommé par le Conseil de sécurité (art. 16) et un Greffe dont les membres sont nommés par le Secrétaire général (art. 17). A Nuremberg et à Tokyo, il y avait également un Ministère public international dont les membres étaient désignés, respectivement, par les signataires de l'Accord de Londres du 8 août 1945 (Statut du T. M. I. de Nuremberg, art. 14) et par chacun des États en guerre contre le Japon (Charte du T.M.I. de Tokyo, art. 8 b).

Situation très différente pour la Cour pénale de 1937 : le système de saisine optionnelle de la Cour par les États (*supra* § 35) impliquait que c'était l'État saisissant la Cour qui assumait la charge de l'accusation (art. 23-25).

En ce qui concerne le présent Tribunal, il n'y a qu'un seul Procureur, mais il peut s'entourer de personnel nommé sur sa recommandation (art. 16 §§ 3 et 5) par le Secrétaire général.

IV. LA PROCÉDURE

41. La procédure comporte trois phases :

- l'information et l'instruction de l'affaire ;
- la mise en accusation ;
- le procès.

(65) Statut du T.A.N.U., art. 11.

(66) Statut du T.A.O.I.T., art 12.

(67) Convention européenne des droits de l'homme, art. 31 § 1 et 48.

(68) Convention américaine des droits de l'homme, art. 50 et 61.

(69) Traité C.E.E., art. 168 A § 1.

(70) XII^e Convention de la Haye du 18 oct. 1907 relative à l'établissement d'une Cour internationale des prises, art. 3 ss.

(71) SCHINDLER, D. and TOMAN, J., *The Laws of Armed Conflicts*, Leiden-Geneva, Sijthoff-H. Dunant Institute, 1973, p. 605.

42. La phase d'information et d'instruction de l'affaire est confiée au Procureur. Celui-ci doit à la fois instruire le dossier et se prononcer sur l'opportunité des poursuites (art. 16 § 1 et 18 § 1).

A ce stade, il n'y a donc pas comme en droit belge ou français, une séparation des fonctions dans l'exercice de la justice répressive entre, d'une part, un parquet chargé des poursuites et, d'autre part, un juge d'instruction chargé de mener des investigations sur l'existence de l'infraction et les preuves de son imputabilité à la personne inculpée.

Cette division des tâches — qui n'est cependant pas constante (72) — est typique du système inquisitoire généralement appliqué par les pays de tradition romano-civiliste. Plus rare en revanche dans le système accusatoire des pays de *common law* (73), elle n'apparaît pas dans les statuts des T.M.I. de Nuremberg (art. 14-15) et de Tokyo (art. 8) où le ministère public cumulait les fonctions d'instruction et d'accusation.

43. Dans le cas du Tribunal international, il serait erroné de croire que le juge ne joue aucun rôle avant le procès proprement dit. En réalité, lorsque l'instruction de l'affaire prend fin, le Procureur décide s'il faut, ou non, engager des poursuites. Dans l'affirmative, il dresse un acte d'accusation et le soumet à un juge de la Chambre de 1^{re} instance qui décide, au vu des éléments du dossier, s'il y a lieu ou non de faire passer l'affaire en jugement (art. 18-19). Le juge joue donc un rôle analogue à celui des juridictions de renvoi que l'on trouve dans de nombreuses procédures pénales (*e. g.* en droit belge, C.I.C., art. 127 ss., 218 ss.).

Cette phase de jugement sur la mise en accusation n'était pas prévue dans les Statuts des T.M.I. de Nuremberg et de Tokyo. Elle constitue, bien sûr, une garantie supplémentaire pour les éventuels accusés car ils ne peuvent faire l'objet d'un mandat d'arrêt ou d'amener émis par le Procureur que si le juge de la Chambre de 1^{re} instance a admis l'acte d'accusation du Procureur (art. 19 § 2). A défaut, le procès ne peut avoir lieu.

Dans le cas de la Cour pénale de 1937, ces questions relevaient du droit interne de chaque État puisque les poursuites devant la Cour dépendaient d'une décision de l'État concerné (*supra* § 35).

44. Comme à Nuremberg et Tokyo, l'ouverture d'une information judiciaire dépend exclusivement du Procureur : si l'action publique ne peut être mise en mouvement par constitution de partie civile, ou par citation directe

(72) TULKENS, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *Introduction au droit pénal*, Bruxelles, Story Scientia et Kluwer éd. jurid. Belgique, 1993, pp. 366-368.

(73) Le cloisonnement entre les deux systèmes est loin d'être étanche : des pays de *common law* pratiquent aussi un système inquisitoire proche du nôtre, *ibid.*, p. 371 ; *e. g.* l'Écosse, DUMON, F., « Procédure pénale, 2^e partie, Droit comparé (suite et fin) », in *Les Nouvelles, Procédure pénale*, II, 2, Bruxelles, Larcier, 1949, p. 407.

devant le juge du fond (ainsi en droit belge, C.I.C., art. 31, 63-65) (74), tout le monde — victimes et ayants droit, États, organisations internationales, O.N.G., tiers — peut adresser des « renseignements » au Procureur qui alors « se prononce sur l'opportunité ou non d'engager des poursuites » (art. 18 § 1). C'est donc le système classique de l'opportunité des poursuites.

Dans le cas de la Cour pénale de 1937, on a vu que la soumission de l'affaire à la Cour dépendait de la seule volonté de l'État concerné (*supra* § 35) ; mais une fois l'affaire devant la Cour, celle-ci pouvait autoriser toute personne préjudiciée par l'infraction à se constituer partie civile (art. 26 § 2).

45. En ce qui concerne l'arrestation de l'accusé et sa présence au Tribunal, tous les États membres des N. U. sont *tenus* d'apporter leur coopération au Tribunal pour l'identification et la recherche des personnes, la production des preuves, l'expédition des documents, et surtout l'arrestation et le transfert au Tribunal des personnes contre lesquelles le Procureur a décerné mandat d'arrêt ou d'amener (art. 29).

Le siège du Tribunal étant à La Haye, les Pays-Bas devront donc nécessairement assumer des obligations particulières concernant la prise de corps et la garde de l'accusé. Ces charges inhérentes à l'État hôte étaient prévues par la Convention de 1937 (art. 31 § 2).

46. La procédure est publique, sauf décision de la Chambre de tenir des audiences à huis clos (art. 20 § 4 et 22). L'art. 21 reconnaît à l'accusé toutes les garanties prévues par l'art. 14 §§ 1-3 du Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966 : présomption d'innocence, respect des droits de la défense, droit au procès équitable, etc ...

47. Comme à Nuremberg (art. 24 b) et à Tokyo (art. 15 b), le Tribunal demande à l'accusé s'il plaide coupable ou non coupable (art. 20 § 3). Généralement propre aux pays de *common law*, ce système — qui n'était pas prévu dans le cas de la Cour pénale de 1937 — permet notamment d'accélérer la procédure : si l'accusé plaide « coupable », on ne discute plus des faits et de leur imputation à l'accusé, mais seulement des circonstances atténuantes qui permettent d'alléger la peine. C'est uniquement l'homme qu'on juge.

Si l'accusé plaide « non coupable », le procès porte d'abord sur la preuve de la culpabilité de l'accusé — on ne juge que le fait, pas l'homme —, et

(74) Sur ces procédures et les conditions de leur exercice en droit belge, FRANCHIMONT, M., JACOBS, A., et MASSET, A., *Manuel de procédure pénale*, Liège, Faculté de Droit et Jeune Barreau, 1989, pp. 152 ss.

si celle-ci est admise, on est ramené au cas précédent où l'on plaide sur les circonstances atténuantes (75).

48. L'art. 21 § 4 stipule que toute personne accusée

« a droit ...

(...)

d) A être présente au procès et à se défendre elle-même ... »

Dans son rapport, le Secrétaire général considère que cette disposition (tirée de l'art. 14 § 3 d du Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966) exclut la procédure par contumace (76).

Nous pensons que cette interprétation tend à solliciter le texte : en soi, le fait que l'accusé soit en *droit* d'être présent au procès n'exclut pas qu'on puisse le juger par défaut ou par contumace pourvu qu'il ait eu la *possibilité d'exercer le droit* d'assister à son procès. Dire que le droit pour l'accusé d'être présent au procès interdit de le juger par contumace revient à dire que l'accusé peut bloquer définitivement l'action publique en refusant de se rendre au procès. Cette interprétation conduit à « un résultat manifestement absurde ou déraisonnable » (Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 32) et doit être rejetée en raison tant de son absurdité (77) que de l'effet utile (78) à donner à l'art. 1^{er} du Statut habilitant le Tribunal « à juger les personnes responsables, etc ... » (texte *supra* § 8).

Il est d'ailleurs significatif que la Belgique et la France sont devenues parties au Pacte relatif aux droits civils et politiques de 1966 sans émettre de réserve à propos de l'art. 14 § 3 d et du droit de leurs juridictions de prononcer des jugements par défaut ou par contumace en vertu de leur droit interne (*cf* C.I.C. belge, art. 149 ss., 186 ss. et 465 ss. ; C.P.P. fr., art. 411 ss., 487 ss., 545, 627 ss.).

Un seul État — l'Italie — a précisé que les dispositions de l'art. 14 § 3 d étaient

« considérées comme étant compatibles avec les dispositions italiennes existantes qui règlent la présence de l'accusé au procès » (79)

Cette déclaration qui n'était d'ailleurs pas présentée comme une « réserve » n'a donné lieu à aucune objection.

(75) WALKER and WALKER, *The English Legal System*, London, Butterworths, 1980, pp. 477 ss. ; KINDER-GEST, P., *Manuel de droit anglais*, I, Paris, L.G.D.J., 1989, pp. 484, 489 ss. ; DUMON, F., *loc. cit.*, p. 407.

(76) *Rapport du Secrétaire général*, p. 27 § 101.

(77) *Cf* « Toute interprétation qui mène à l'absurde doit être rejetée », VATTEL, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, texte de 1758, L. II, ch. XVII, 282 ; *Service postal polonais à Dantzig*, C.P.J.I., avis consultatif du 16 mai 1925, Série B n° 11, p. 39 ; *Emprunt norvégien*, op. diss. Read, C.I.J., *Rec.*, 1957, pp. 94-95 ; *Compétence du Conseil de l'O.A.C.I.*, op. diss. De Castro, C.I.J., *Rec.*, 1972, p. 136.

(78) « *Actus interpretandus est potius ut valeat quam pereat* », *Digeste*, 45, I, 80 ; voy. aussi Code civil, art. 1157.

(79) *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, op. cit., p. 140.

Il semble donc excessif de dire que l'art. 14 § 3 d du Pacte exclut toute forme de poursuite par défaut ou par contumace, et on peut en conclure que l'art. 21 § 4 d identique du Statut doit avoir le même sens : que l'accusé ait le droit d'assister à son procès n'exclut pas qu'on puisse le juger *in absentia* pourvu, bien sûr, qu'il ait été mis en mesure d'assister à son procès.

Il faut en effet se rappeler qu'en Belgique ou en France, il existe une procédure d'opposition qui permet au condamné par défaut ou par contumace d'anéantir la condamnation et d'obtenir un nouveau procès en sa présence (C.I.C., art. 151 ss., 187 ss., 476 ; C.P.P. fr., art. 489 ss., 527, 545, 639).

Une telle procédure n'est pas prévue par le Statut du Tribunal. Des poursuites en l'absence de l'accusé ne seraient donc envisageables que si l'accusé était dûment averti de ces poursuites. Si cette condition est remplie, et si l'accusé n'exerce pas le droit d'assister à son procès alors qu'il est en mesure de l'exercer — ce qui devra être apprécié par les juges —, le Tribunal pourrait alors — sous réserve de ce qui sera dit ci-dessous — rendre un jugement par contumace.

En revanche, l'art. 21 § 4 d exclut un procès contre un accusé qui n'en aurait pas connaissance ou qui serait dans l'impossibilité d'assister au procès pour des raisons indépendantes de sa volonté.

49. Le jugement par contumace se heurte toutefois à deux autres obstacles juridiques plus délicats à surmonter :

- l'absence de toute disposition dans le Statut autorisant un tel jugement alors qu'une juridiction ne peut jamais exercer d'autres compétences que celles qui lui sont expressément attribuées et que, significativement, les statuts des T.M.I. de Nuremberg (art. 12) et de Tokyo (art. 12 c) prévoyaient explicitement que des accusés absents pouvaient être jugés ; rien n'était stipulé à ce sujet pour la Cour pénale de 1937 ;
- l'inapplicabilité de certaines dispositions en cas d'absence de l'accusé — par exemple, l'impossibilité de demander à l'accusé s'il plaide coupable ou non coupable.

En sens inverse, on pourrait cependant invoquer en faveur de la possibilité de rendre un jugement par contumace le principe de l'effet utile à donner à l'art. 1^{er} du Statut (*supra* § 48) ; en outre, on observera que la justice n'a pas à pâtir de la fuite de l'accusé et de son refus d'exercer les droits qui lui sont reconnus. Ainsi, en droit anglais où l'on applique le système « *guilty* » ou « *non guilty* », il est pourtant admis que « an accused who absconds may properly be tried and sentenced in his absence » (80).

50. Il semblerait que derrière l'interprétation de l'art. 21 § 4 d tendant à exclure le jugement par contumace se trouve un souci de plus grande efficacité. Le Procureur ouvrirait les informations judiciaires mais s'abstien-

(80) HAMPTON, C., *Criminal Procedure*, London, Sweet and Maxwell, 1977, p. 150.

drait d'en faire de la publicité et de déclencher toute poursuite aussi longtemps qu'il ne pourrait pas s'assurer de la présence de l'accusé au procès. De ce fait, l'accusé, ignorant qu'il est l'objet d'une information et d'une instruction, ne veillerait pas à demeurer sur le territoire d'un État peu enclin à le livrer au Tribunal et pourrait être appréhendé plus facilement à l'occasion de son passage sur le territoire d'un autre pays plus apte à collaborer avec le Tribunal.

Si cette explication est correcte, elle paraît un peu théorique : imagine-t-on que le Tribunal puisse lancer un avis de recherche et un mandat d'arrêt international, par exemple *via* INTERPOL, en excluant d'office de l'adresser à certains États en fonction des sympathies présumées qu'ils nourriraient à l'égard de l'intéressé ?

En pratique, cela semble difficile à réaliser, et de toute façon, il est douteux que l'intéressé reste longtemps dans l'ignorance du dossier instruit contre lui. Ne vaudrait-il pas mieux alors décerner de toute façon mandat d'arrêt ou d'amener contre l'intéressé, exercer des poursuites contre lui, même s'il ne se présente pas à l'instance, et si la Chambre est convaincue de sa culpabilité, le condamner par contumace, eu égard à la charge symbolique d'une telle condamnation tant pour celui qui en est l'objet et qui se retrouve ainsi au ban de la société internationale que pour les victimes de ses actes ?

Le condamné sera alors non seulement contraint de ne pas quitter le pays qui lui donne refuge — et qui pourrait d'ailleurs être sanctionné par le Conseil de sécurité pour refus de collaboration avec le Tribunal —, mais en outre, il sera toujours à la merci soit d'un changement de politique du Gouvernement qui lui donne asile, soit d'un nouveau Gouvernement qui accepterait de faire droit aux demandes du Tribunal de lui livrer l'accusé.

Il reste que vu l'absence de disposition sur la contumace dans le Statut, le droit du Tribunal de prononcer un tel jugement paraît très hypothétique.

V. LES MOYENS DE DÉFENSE DE L'ACCUSÉ

51. L'accusé peut bien sûr soulever tout moyen de fait et de droit pour combattre l'accusation. Certains moyens de défense sont toutefois exclus ou limités.

Ainsi, comme à Nuremberg (art. 7) et à Tokyo (art. 6), la qualité officielle d'un accusé comme chef d'État, de Gouvernement ou comme haut fonctionnaire ne le met nullement à l'abri des poursuites et ne constitue pas une circonstance atténuante (art. 7 § 2). Autrement dit, le Statut exclut

l'immunité de juridiction traditionnellement reconnue aux gouvernants étrangers (81).

De même, pas plus qu'à Nuremberg (art. 8) ou à Tokyo (art. 6), l'ordre supérieur ne constitue une cause de justification ; tout au plus peut-il servir de motif à une éventuelle diminution de peine si la justice l'exige (art. 7 § 4) (82).

Enfin, la règle *non bis in idem* empêche une juridiction nationale de juger une personne déjà jugée par le Tribunal pour le même fait, mais elle n'empêche pas le Tribunal de juger une personne déjà jugée pour le fait en cause dans un État si, dans cet État, ce fait a été considéré comme une infraction de droit commun ou si la procédure s'apparentait à un déni de justice (art. 10). Le caractère univoque de l'exception permet d'éviter que l'accusé puisse s'abriter derrière des procès nationaux qui seraient de pure forme. Pour les mêmes raisons, en droit belge, *non bis in idem* s'applique à la poursuite de faits commis et jugés à l'étranger, sauf si ces faits ont été commis en temps de guerre (C.I.C., titre préliminaire, art. 13).

VI. LES PEINES

52. S'inspirant à juste titre de l'évolution actuelle de la communauté internationale tendant à abolir la peine de mort (83), le Statut ne prévoit que des peines d'emprisonnement (art. 24 §§ 1-2).

A cet égard, le Statut du Tribunal est plus restrictif que les statuts des T.M.I. de Nuremberg (art. 27-28) et de Tokyo (art. 16) qui les autorisaient à prononcer la peine de mort ou « tout autre châtement qu[e le Tribunal] estimera juste ». Plus restrictif aussi que la Convention de 1937 qui admettait que la Cour édictât toute peine prévue par le droit de l'État qui avait saisi la Cour ou par le droit de l'État où le fait avait été commis ; en cas de concurrence de lois, la Cour était tenue d'appliquer « la loi la moins rigoureuse » (art. 21).

Le Statut ne prévoit ni peine pécuniaire, ni peine de substitution. Même les frais et dépenses du procès ne sont pas mis à charge du condamné ; rappelons que les dépenses du Tribunal sont imputées au budget ordinaire de l'O.N.U. (art. 32).

53. Quant à l'étendue des peines d'emprisonnement, le Statut prévoit de recourir à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les

(81) Cfr DAVID, E., *Droit pénal international*, Presses univ. de Bxl., 1991-1992, 3^e éd., I, pp. 31 ss.

(82) Pour plus de détails, *ibid.*, II, pp. 325 ss.

(83) Depuis 1971, l'A.G. affirme que « l'objectif souhaitable » est « l'abolition totale » de la peine capitale : Rés. 2857 (XXVI) § 3 ; 32/61, § 1 ; voy. aussi le Protocole n° 6 à la Convention européenne des droits de l'Homme, du 28 avril 1984 et le 2^e Protocole facultatif se rapportant au Pacte relatif aux droits civils et politiques, du 15 décembre 1989.

tribunaux de l'ex-Yougoslavie (art. 24 § 1). On applique donc à des incriminations internationales les sanctions pénales du droit interne. Solution rationnelle qui permet d'éviter le piège de *nullum crimen, nulla poena* puisque les peines sont celles prévues par le droit normalement applicable sur le territoire où l'infraction a été commise.

La Convention de 1937 prévoyait un système à peu près similaire (*supra* § 52).

Nous ignorons si le droit pénal en vigueur en Yougoslavie ou dans les nouvelles républiques sanctionne spécifiquement les infractions visées au Statut, mais à supposer que ce ne soit pas le cas, cela ne ferait pas obstacle à l'application de ces peines dès lors qu'elles sont prévues pour des infractions *correspondantes* de droit commun. C'est la solution qui avait été adoptée au lendemain de la 2^e guerre mondiale par beaucoup d'États confrontés au problème de poursuivre des criminels de guerre alors que leur code pénal n'incriminait pas spécifiquement les crimes de guerre : on considérait que ces crimes correspondaient à des infractions de droit commun et qu'on pouvait condamner leurs auteurs aux peines prévues par le code pénal dès lors que ces crimes n'étaient pas justifiés par le droit de la guerre (84).

54. Au plan civil, la Chambre « peut ordonner la restitution à leurs propriétaires légitimes de tous biens et ressources » acquis illégalement par la personne condamnée (art. 24 § 3). Bien que cela ne soit pas dit explicitement, il nous paraît clair que cette « restitution », à l'instar de toute réparation civile, implique une *restitutio in integrum* comprenant le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* : s'il en va ainsi pour des fautes civiles, à plus forte raison doit-il en aller de même pour des fautes pénales.

Mais ceci soulève la question de savoir si nous sommes dans le domaine de la « faute » du droit interne ou dans celui du « fait illicite » du droit international. A proprement parler, sans doute ni l'un ni l'autre : ni le droit yougoslave de la responsabilité car le Tribunal applique des incriminations de droit international (*supra* §§ 8 ss.), ni le droit classique de la responsabilité internationale parce que la notion de « fait illicite » reste actuellement limitée au « comportement ... attribuable d'après le droit international à l'État » (Projet d'articles de la C. D. I. sur la responsabilité des États, art. 3) (85) (nous soulignons) et qu'ici, seuls des faits attribuables à des *individus* sont considérés.

Il n'en demeure pas moins que vu le droit applicable par le Tribunal, c'est bien le droit international qui devrait régir le droit de la réparation, mais comme ce droit ne dit pas grand-chose sur la réparation des faits

(84) DAVID, *Droit pénal international*, op. cit., II, pp. 168 ss.

(85) Ann. C.D.I., 1973, II, pp. 182-184.

internationalement illicites commis par des individus (86), il faudrait sans doute appliquer par analogie les principes de *restitutio in integrum* prévus pour les États par le droit international et rappelés dans la très célèbre affaire de l'*Usine de Chorzow* :

« ... la réparation doit, autant que possible, effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis. Restitution en nature ou, si elle n'est pas possible, paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature ; allocation s'il y a lieu, de dommages et intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place. » (87)

Crime de droit international commis par un individu contre un individu, ou fait illicite commis par un État au préjudice d'un individu, dans les deux cas, la victime est un individu et c'est le dommage réellement subi par celui-ci qui devrait « fournir une mesure convenable de la réparation » (pour reprendre les termes utilisés par la C.P.J.I. à propos de la réparation due à l'*Etat*) (88). Or si en droit international un fait illicite non criminel exige une réparation complète, *a fortiori*, un fait criminel exige une réparation qui ne peut pas être inférieure.

55. Pas plus qu'à Nuremberg ou à Tokyo, le présent Statut ne prévoit le droit pour les victimes de se constituer parties civiles, ni par conséquent celui de plaider sur les réparations. Toutefois, comme le Tribunal peut ordonner des restitutions aux victimes (art. 24 § 3), il serait logique que ces dernières soient autorisées à faire valoir leurs droits auprès du Procureur, voire directement auprès du Tribunal en tant que « témoins » (l'audition de témoins ressort notamment de l'art. 21 § 4, e et de l'art. 22).

La Convention de 1937 autorisait les parties civiles à prendre part au débat lorsque la Cour devait se prononcer sur les dommages et intérêts (art. 26 § 2).

56. En ce qui concerne l'exécution de la peine, il n'existe pas encore de prison internationale ! C'est donc aux États à faire savoir au Conseil de Sécurité qu'ils sont disposés à recevoir des condamnés et c'est au Tribunal à choisir parmi eux l'État qui assumera la réclusion du condamné (art. 27) — système sensiblement analogue à celui de la Convention de 1937 (art. 40).

(86) En dehors de certains systèmes conventionnels de responsabilité « objective » et de limitation de la réparation ; *e. g.* : Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 sur la responsabilité du transporteur aérien, et les instruments subséquents ; Convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire et Convention complémentaire de Bruxelles du 31 janvier 1963 ; Convention de Bruxelles du 29 novembre 1969 pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures et Protocole du 19 novembre 1976 ; etc.

(87) C.P.J.I., arrêt du 13 septembre 1928, *Série A N° 17*, p. 47.

(88) *Ibid.*, p. 28.

Cette collaboration des États à l'action du Tribunal soulève le problème des frais consentis par ceux-ci et la question de la responsabilité des faits illicites que les États assurant notamment l'exécution de la peine pourraient commettre. Considérons séparément ces deux points.

57. 1° Qui assurera les frais de l'arrestation, de la garde de l'accusé, de son transport, de l'exécution de sa peine ? Ces frais entrent-ils dans les « dépenses » du Tribunal visées à l'art. 32 de son Statut (*supra* § 5) ou devront-ils être supportés par les États individuellement concernés ?

Il nous semble que si les opérations de maintien de la paix sont, sauf exception, imputées au budget ordinaire des N. U. (89), il devrait en aller de même ici ; les États qui collaborent à l'action du Tribunal devraient donc obtenir des N. U. le remboursement de leurs dépenses. Par ailleurs, rien n'empêche les N. U. d'exercer une éventuelle action récursoire en responsabilité contre l'État impliqué dans les faits pour lesquels le Tribunal aurait engagé des poursuites et prononcé une condamnation.

58. 2° *Quid* des problèmes résultant de l'exécution des peines ? L'État agit-il comme organe *de facto* de l'ONU ? S'il commettait une quelconque violation du droit international, engagerait-il sa responsabilité propre ou celle de l'ONU ?

La question mériterait de longs développements. Bornons-nous à constater que dans l'hypothèse classique de la responsabilité pour fait d'autrui, la Commission du droit international n'admet la responsabilité exclusive d'un État pour le fait internationalement illicite d'un autre État que si le second est soumis « au pouvoir de direction ou de contrôle » du premier (Projet d'articles sur la responsabilité des États, art. 28 § 1), c'est-à-dire dans des cas de protectorat, d'État fédéral et d'occupation étrangère (90). Dans les autres cas, l'État qui a commis le fait illicite encourt une responsabilité propre.

Dans le cas présent où le Statut prévoit seulement que :

« La réclusion est soumise aux règles nationales de l'État concerné, sous le contrôle du Tribunal international. » (art. 27),

l'État qui exécute la peine n'apparaît pas comme un organe de l'ONU, même si la réclusion de la personne condamnée demeure « sous le contrôle du Tribunal » (art. 27). Par conséquent, l'État garde une personnalité juridique distincte de celle de l'Organisation et il encourt une responsabilité autonome pour les faits illicites qu'il commettrait dans l'exécution de la peine. L'État ressemble au mandataire qui en droit civil « répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion » (c. c.,

(89) *Rapport du Comité spécial des opérations de maintien de la paix*, Doc. ONU A/47/253, 4 juin 1992, p. 14 § 64.

(90) *Ann. C.D.I.*, 1979, II, 2^e partie, pp. 103, 107 ss.

art. 1992) ; de manière analogue, dans le droit de la S.D.N., l'État mandataire de l'Organisation pouvait être attrait comme tel par un autre État membre devant la C.P.J.I. pour tout différend portant sur l'interprétation ou l'application du mandat (91).

Cette responsabilité propre de l'État ne devrait cependant pas exclure la responsabilité de l'ONU, pour les faits qui sont imputables au Tribunal, et par exemple, pour un défaut de contrôle suffisant sur la réclusion du condamné.

59. Il faut observer que contrairement à ce qui est généralement prévu dans les Conventions d'entraide judiciaire en matière de transmission des poursuites, d'exécution des jugements étrangers ou de transfèrement des prisonniers où la loi de l'État requis se substitue à celle de l'État requérant (92), la loi de l'État qui accueille le condamné ne régit la réclusion de celui-ci, comme on vient de le voir, que « sous le contrôle du Tribunal international » (art. 27) ; ainsi toute grâce ou commutation de peine applicable au condamné en vertu de la loi de l'État du lieu de réclusion ne peut être accordée qu'avec l'autorisation du Président du Tribunal en consultation avec les juges (art. 28).

Cette disposition pourrait poser des problèmes si le Tribunal n'a qu'une vie limitée et si des personnes sont condamnées à perpétuité ou à de très longues peines de prison ... A condition bien sûr que des condamnations soient jamais prononcées ...

VII. L'AVENIR DU TRIBUNAL

60. Le Tribunal n'est pas destiné à durer. Les mauvaises langues diront qu'il n'est même pas destiné à fonctionner comme semblerait en témoigner son apparente incapacité à rendre des jugements par défaut (*supra* §§ 48-50).

De toute façon, peu importe : même s'il se borne à ouvrir des informations judiciaires, ce Tribunal n'en reste pas moins une grande « deuxième » après les précédents de Nuremberg et de Tokyo. Il atteste de l'intégration croissante de la société internationale à propos de laquelle R.J. Dupuy écrivait :

« il y a un certain parallélisme entre le processus d'organisation de cette société et le processus de juridictionnalisation. » (93)

(91) *Cfr Statut international du Sud-Ouest africain, Avis consultatif : C.I.J. Rec.*, 1950, p. 133.

(92) DAVID, *Droit pénal international, op. cit.*, III, pp. 65 et 68 : e. g., Convention du Conseil de l'Europe du 22 mars 1983 sur le transfèrement des personnes condamnées, art. 9-12 ; dans le même sens, voy. aussi la Convention de 1937, art. 41-42.

(93) *In Présentation synthétique de la justice internationale*, Cours de l'Institut des Hautes Etudes Internationales, Paris, 1965.

Sans doute, le Tribunal pas plus que ses homologues de l'ordre juridique interne, ne mettra fin aux crimes qui se commettent et continuent à se commettre, mais on peut espérer qu'il contribuera, même très modestement, à mettre fin au scandale que constitue l'impunité de leurs auteurs.

61. Cette impunité est moins une fatalité juridique qu'un fait. Les États ont, depuis longtemps, contracté l'obligation de réprimer les comportements criminels qui seront soumis au Tribunal (*supra* § 2), mais on sait aussi que le respect de cette obligation reste des plus théoriques.

Peut-être que, la création du Tribunal rendra les États plus conscients de leurs devoirs de « respecter et faire respecter » le droit international humanitaire (Convention de Genève du 12 août 1949, art. 1^{er} commun), et facilitera leur tâche en leur permettant de renvoyer les accusés devant le Tribunal sans devoir assumer eux-mêmes un rôle de justicier international qu'il ne se sentent visiblement pas prêts de jouer individuellement.

A cet égard, le Tribunal est un peu un aveu d'échec de la compétence universelle reconnue aux États dès lors qu'il s'agit de criminalité d'origine plus étatique qu'individuelle (94). Les parquets d'un État sont beaucoup plus enclins à poursuivre l'auteur d'un détournement d'avion commis aux antipodes qu'à poursuivre un tortionnaire ou un chef de guerre qui, dans un État voisin a, avec l'accord de son Gouvernement, participé à la torture ou au massacre de dizaines, de centaines ou de milliers de personnes !

Pourtant, au civil, les victimes obtiennent parfois quelques jolis succès dans certains pays tiers (95), et au pénal, elles commencent à tenter de convaincre les parquets, comme en témoigne cette plainte récemment déposée devant la justice française par des réfugiés bosniaques contre plusieurs chefs de camps serbes pour torture, crimes de guerre et crimes contre l'humanité (96). Si à première vue, cette plainte surprend, techniquement, elle pourrait cependant aboutir à une condamnation pénale, ainsi que nous l'avions déjà soutenu sur un plan plus général dans le cas du droit belge (97).

62. De ce point de vue, l'ex-Yougoslavie n'est pas le seul État au monde où les droits les plus élémentaires de la personne humaine sont gravement et massivement violés. Le Tribunal ne doit donc constituer qu'une étape vers l'établissement d'une cour criminelle internationale permanente. On sait qu'en 1989, l'A. G. des N. U. a donné mandat à la Commission du droit international pour préparer un projet en ce sens (98).

(94) Cfr ANDRIES, A., *loc. cit.*, p. 18.

(95) Voy. U.S. Crt. of App., 2nd Cir., 30 June 1980, *Filartiga v. Pena-Irala*, I.L.R., 77, pp. 178 ss.; *id.*, 9 th Cir., 21 Oct. 1992, *in re Estate Marcos Human Rights Litigation*, I.L.M., 1993, p. 110.

(96) *Libération*, 21 juillet 1993, p. 19.

(97) DAVID, « L'actualité ... », *loc. cit.*, pp. 168 ss.

(98) A/Rés. 44/39, 4 décembre 1989; voy. *Rapport C.D.I.*, 1990, pp. 29-43.

Peut-être que si la présente expérience s'avère positive, on pourrait, plutôt que de passer par le cheminement interminable d'une Convention internationale, simplement transformer l'actuel mandat du Tribunal en un mandat universel et permanent, éventuellement amendé sur base des travaux actuels de la Commission du droit international. Il suffirait pour cela que le Conseil de sécurité y mette la même volonté politique que celle dont il a fait preuve pour créer ce Tribunal.

Cette « pérennisation » du Tribunal par le Conseil de sécurité ne poserait pas de difficulté technique particulière : c'est aussi par une décision institutionnelle de l'ONU — une résolution de l'A. G. des N. U. — qu'a été créée il y a près de 45 ans le T.A.N.U. (A/Rés. 351 (IV) du 24 novembre 1949), et celui-ci est toujours en excellente santé !