

Extrait de :

NATIONS UNIES ANNUAIRE JURIDIQUE

1995

Troisième partie. Décisions judiciaires relatives à des questions concernant
l'Organisation des Nations Unies et les organisations intergouvernementales qui lui
sont reliées

Chapitre VII. Décisions et avis consultatifs de tribunaux internationaux



Copyright (c) Nations Unies

TABLE DES MATIÈRES (suite)

Page

B. — AVIS JURIDIQUES DES SECRÉTARIATS D'ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES RELIÉES À L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES

Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture

1. La Commission européenne peut-elle siéger dans un organe établi conjointement par la FAO et l'OMS ? 616
2. Un gouvernement peut-il exiger qu'une candidature retenue par la FAO aux fins d'un recrutement sur le plan national soit soumise à son examen 618
3. Question de la représentation d'un membre associé de la FAO par la puissance métropolitaine dont il relève . . . 619

Troisième partie. Décisions judiciaires relatives à des questions concernant l'Organisation des Nations Unies et les organisations intergouvernementales qui lui sont reliées

CHAPITRE VII. DÉCISIONS ET AVIS CONSULTATIFS DE TRIBUNAUX INTERNATIONAUX

- Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie – Le Procureur *c. Tadic* (Compétence) 629

CHAPITRE VIII. DÉCISIONS DE TRIBUNAUX NATIONAUX

- Etats-Unis d'Amérique 673
1. Commission fédérale des communications des Etats-Unis 673
Décision sur recours en révision concernant le service international téléphonique de rétroappel, juin 1995 . . . 673
 2. United States Court of Appeals, Second Circuit 674
S. Kadic c. Radovan Karadzic. Décision 13 octobre 1995 674

Quatrième partie. Bibliographie

BIBLIOGRAPHIE JURIDIQUE DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES ET DES ORGANISATIONS INTERGOUVERNEMENTALES QUI LUI SONT RELIÉES

A. — ORGANISATIONS INTERNATIONALES ET DROIT INTERNATIONAL EN GÉNÉRAL

1. *Ouvrages généraux* 705

Chapitre VII

DÉCISIONS ET AVIS CONSULTATIFS DE TRIBUNAUX INTERNATIONAUX

TRIBUNAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE

Le Procureur *c. Tadic*¹

(Compétence²)

Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie

Chambre de première instance : 10 août 1995

(M. McDonald, *président*, MM. Stephen et Vohrah, *juges*)

Chambre d'appel : 2 octobre 1995

(M. Cassese, *président*, MM. Li, Deschênes, Abi-Saab et Sidhwa, *juges*)

Résumé : *Les faits :* L'accusé, M. Dusko Tadic, se voit reprocher par le Procureur du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie³, sur la base des articles 2, 3 et 5 du Statut du Tribunal⁴, d'avoir commis des infractions graves aux Conventions de Genève, des violations des lois et coutumes de la guerre et des crimes contre l'humanité, plus précisément d'avoir eu part dans l'été 1992, au meurtre, au viol, à la torture et à la maltraitance de personnes détenues dans un camp de prisonniers établi par les Serbes bosniaques à Omarska, dans la région de Bosnie-Herzégovine où se situe Prijedor, ainsi qu'au meurtre et à la maltraitance d'autres personnes capturées.

L'accusé conteste la compétence du Tribunal au motif que :

1) La création du Tribunal et l'adoption de son Statut excèdent la compétence du Conseil de sécurité de telle sorte qu'il est illégalement établi et n'a donc pas pouvoir de juger l'accusé;

2) La primauté de compétence du Tribunal sur les tribunaux nationaux qui lui est attribuée par l'article 9 du Statut est contraire au droit international. L'accusé a le droit d'être jugé par un tribunal national;

3) Le Tribunal est incompétent *ratione materiae* parce qu'en droit international les crimes énumérés aux articles 2, 3 et 5 de son Statut ne peuvent être commis que dans le cadre d'un conflit armé international et que la région de Prijedor n'était le théâtre d'aucun conflit de cette nature au moment où les crimes ont prétendument été commis.

Le Procureur rejette ces arguments, de même que les Etats-Unis d'Amérique, qui ont présenté un mémoire en qualité, d'*amicus curiae*.

Décision (de la Chambre de première instance) : La Chambre se déclare incompétente pour statuer sur le moyen tiré de la légalité de la création du Tribunal. Elle rejette les deux autres moyens.

1) Le Tribunal n'a pas le pouvoir de mettre en cause la légalité des décisions du Conseil de sécurité qui l'ont établi. Rien en droit international n'étaye la thèse qu'une cour ou un tribunal à caractère international ont le pouvoir d'exercer un contrôle judiciaire sur les décisions prises par le Conseil de sécurité dans l'exercice de ses pouvoirs relatifs au rétablissement et au maintien de la paix et de la sécurité internationales conformément au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. En particulier, la décision qualifiant la situation dans l'ex-Yougoslavie de menace à la paix et à la sécurité internationales est une décision politique, non susceptible de recours judiciaire, du Conseil de sécurité. Au demeurant, en établissant le Tribunal, le Conseil a agi de façon raisonnable dans les limites des pouvoirs que lui confère l'Article 41 de la Charte des Nations Unies.

2) L'accusé n'est pas recevable à soulever la question de la primauté du Tribunal sur les tribunaux nationaux. Il n'a par surcroît pas réussi à établir l'existence d'une norme impérative de droit international reconnaissant à un justiciable le droit d'être traduit devant un tribunal national particulier.

3) L'article 2 du Statut est une disposition autonome et ne s'entend pas sous réserve de toutes les conditions prévues par le régime institué pour les infractions graves par les Conventions de Genève. Il n'exige notamment pas que les infractions qu'il énumère aient été commises dans le contexte d'un conflit armé international.

4) La compétence du Tribunal pour juger les personnes accusées de violations des droits et coutumes de la guerre sur la base de l'article 3 du Statut ne dépend pas non plus du point de savoir si le conflit armé dans le cadre duquel ces violations sont censées avoir été commises est qualifié de national ou d'international. Le droit international coutumier des conflits armés comporte, tout comme l'article 3 des Conventions de Genève, des règles applicables dans le cadre des conflits armés internes et les violations de ces règles constituent des crimes de guerre.

5) La notion de crime contre l'humanité fait partie du droit international coutumier et ne couvre donc pas seulement les crimes commis au cours d'un conflit armé international. La décision en sens contraire du Tribunal militaire de Nuremberg découle de l'interprétation que ce Tribunal a donné des dispositions de sa Charte et n'est pas en phase avec le droit international contemporain.

L'accusé a interjeté appel devant la Chambre d'appel du Tribunal international.

Décision (de la Chambre d'appel) : L'appel a été rejeté.

I. Légalité de la création du Tribunal

(Opinion dissidente du juge Li) Le Tribunal est en droit, dès lors que sa compétence est contestée, d'examiner la question de la légalité de sa propre création par le Conseil de sécurité.

(Décision unanime) Dans les circonstances du moment, le Conseil était fondé à créer le Tribunal.

1) La question de savoir si le Tribunal a été légalement créé est une question de compétence puisque, faute d'avoir été légalement établi, le Tribunal serait incompétent.

2) Bien qu'étant un organe subsidiaire du Conseil de sécurité, le Tribunal est un organe judiciaire et diffère à ce titre de la plupart des organes subsidiaires créés par le Conseil. Il n'est certes pas habilité à exercer un contrôle judiciaire sur les résolutions du Conseil de sécurité, mais il a néanmoins une compétence incidente ou subsidiaire pour statuer sur la légalité de sa création, compétence qu'il ne peut exercer que pour déterminer s'il a compétence originelle ou principale pour connaître de l'affaire dont il est saisi.

3) La doctrine de la « question de caractère politique » ou de l'« acte non susceptible de recours judiciaire » n'a pas cours en droit international et ne peut pas être invoquée pour priver le Tribunal de la possibilité d'examiner le moyen relatif à la légalité de sa création avancé par l'accusé.

4) Le Conseil de sécurité est doté d'un pouvoir discrétionnaire étendu pour déterminer ce qui constitue une menace à la paix et à la sécurité internationales, une rupture de la paix ou un acte d'agression et quelles mesures il convient de prendre face à ce genre de situation. Ce pouvoir discrétionnaire n'est toutefois pas illimité. En l'espèce, le Conseil de sécurité n'a pas, en constatant l'existence dans l'ex-Yougoslavie d'une menace à la paix, excédé les limites de ses pouvoirs. De même, en créant le Tribunal, le Conseil a légitimement usé de son pouvoir de prendre des mesures de caractère non militaire conformément à l'Article 41 de la Charte.

5) Il existe bien un principe général de droit selon lequel un tribunal pénal doit être « établi par la loi » mais ce principe ne joue pas de telle manière que la création d'un tribunal pénal international par voie de résolution du Conseil de sécurité soit entachée d'illégalité. Le Conseil de sécurité n'est pas un organe législatif mais c'est un organe des Nations Unies habilité à établir un tribunal ayant compétence en matière pénale. Dès lors que le tribunal fonctionne une fois établi, conformément à la règle de droit, il satisfait au principe général de légalité.

2. Primauté sur les tribunaux nationaux

(Décision unanime) Le moyen contestant la primauté du Tribunal est dépourvu de fondement et doit donc être rejeté.

1) Bien que l'accusé ait fait l'objet d'une enquête en Allemagne, il n'a pas été traduit devant les tribunaux de ce pays. Une violation du principe *ne bis in idem* est donc hors de question et il n'y a pas lieu d'invoquer l'article 10 du Statut prévoyant la possibilité d'un nouveau procès dans des circonstances exceptionnelles.

2) L'accusé est en droit de soulever une exception d'incompétence en se réclamant d'une prétendue atteinte à la souveraineté étatique. Les prises de position nationales en sens contraire, telles la décision de la Cour suprême d'Israël dans l'affaire *Eichmann*⁵ et celle de la District Court des Etats-Unis dans l'affaire *Etats-Unis c. Noriega*⁶, n'ont pas le même poids devant un tribunal international. Toutefois, les circonstances dans lesquelles le Tribunal a été créé et la nature des crimes entrant dans sa compétence justifient la primauté qui lui a été attribuée, et qui s'impose si l'on veut qu'il soit efficace.

3) Le droit de l'accusé à être jugé par un tribunal national conformément au principe *jus de non evocando* ne s'oppose à ce qu'il soit poursuivi devant un tribunal international régulièrement constitué.

3. Compétence ratione materiae

(Le juge Sidhwa émet une opinion dissidente; les juges Li et Abi-Saab émettent des opinions dissidentes sur certains aspects du raisonnement mais s'associent à la décision) Le Tribunal est compétent *ratione materiae* pour connaître de l'affaire.

1) On est en présence d'un conflit armé en cas de recours à la force armée entre Etats ou de violence armée prolongée opposant soit des autorités gouvernementales et des groupes armés organisés soit des groupes armés sur le territoire d'un Etat. Le droit humanitaire international s'applique dès le commencement de tels conflits armés et continue de s'appliquer au-delà de la cessation des hostilités jusqu'à l'instauration générale de la paix ou, dans le cas des conflits armés internes, l'avènement d'un règlement pacifique. Jusque-là, le droit humanitaire international reste applicable sur tout le territoire des Etats belligérants ou, dans le cas des conflits internes, sur tout le territoire contrôlé par une partie, qu'il ait ou non été le théâtre de combats. Il y avait donc bien un conflit armé en cours dans la région de Bosnie-Herzégovine où se situe Prijedor à l'époque où les crimes sont censés avoir été commis bien que, comme le soutient l'accusé, aucun combat ne se soit déroulé dans cette région et que les Serbes bosniaques y aient « pris le pouvoir » sans rencontrer d'opposition.

2) Les conflits dont le territoire de l'ex-Yougoslavie a été le théâtre à partir de 1991 comportent à la fois des aspects internes et des as-

pects internationaux. Le Conseil de sécurité ne les a pas qualifiés d'internationaux et il a entendu que le Tribunal connaisse des violations du droit humanitaire qui ont eu lieu dans les deux types de conflit. Entrent donc dans la compétence *ratione materiae* du Tribunal les crimes commis dans le cadre des conflits armés internes aussi bien qu'internationaux.

3) L'article 2 du Statut, qui inclut dans la compétence du Tribunal les infractions graves aux Conventions de Genève, ne s'applique qu'aux crimes commis dans le cadre d'un conflit armé international. Les articles 2 à 5 du Statut sont des dispositions sur la compétence, non des dispositions de fond, et ils n'ont pas pour objet de créer ou de définir les crimes qu'ils font relever de la compétence du Tribunal. Pour déterminer le contenu du droit sur les infractions graves, donc, il faut se tourner vers les Conventions de Genève. Le texte des Conventions indique que les dispositions sur les infractions graves qui y figurent ne sont pas applicables aux violations du droit des conflits armés internes.

4) L'article 3 du Statut vise toutes les violations du droit humanitaire international autres que les infractions graves aux Conventions de Genève qui font l'objet de l'article 2 et les crimes couverts par les articles 4 et 5. Il est donc suffisamment large pour faire rentrer dans la compétence du Tribunal les violations graves du droit international des conflits armés internes, y compris l'article 3 commun aux Conventions de Genève et le droit coutumier applicable aux conflits armés internes.

5) Il existe en ce qui concerne les conflits armés internes un vaste corpus de droit international coutumier qui va au-delà des règles codifiées dans l'article 3 commun aux Conventions de Genève et qui englobe les règles relatives à la conduite de la guerre, concernant par exemple les armements et les objectifs légitimes. En font partie, sans y être limitées, bon nombre des règles énoncées dans le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève. Beaucoup de ces règles sont analogues à celles qui régissent les conflits armés internationaux mais certaines seulement des règles du droit des conflits armés internationaux s'appliquent aux conflits de caractère interne. Au surplus, c'est le sens général de ces règles plutôt que leurs dispositions détaillées qui en sont venues à régir les conflits armés internes.

6) La méconnaissance des règles du droit international concernant les conflits armés internes met en jeu la responsabilité pénale individuelle.

7) L'article 5 du Statut dispose expressément qu'il s'applique aux crimes contre l'humanité commis au cours d'un conflit armé, qu'il soit de caractère international ou interne. Le Conseil de sécurité a à cet égard adopté une approche plus restrictive que celle du droit international coutumier moderne, qui ne lie pas les crimes contre l'humanité à un contexte de conflit armé, quoiqu'il ait pu être décidé à l'époque du procès de Nuremberg.

8) Indépendamment de sa compétence à l'égard des violations du droit international coutumier, le Tribunal est habilité à appliquer tout traité qui liait incontestablement les parties au moment du crime allégué et dont les dispositions n'étaient pas contraires aux normes impératives du droit humanitaire international. D'une manière générale donc, les violations des accords conclus entre les belligérants relèvent de la compétence du Tribunal en vertu de l'article 3 de son Statut.

Opinion individuelle du juge Li

1) Le Tribunal n'est pas compétent pour contrôler la légalité des décisions du Conseil de sécurité et n'aurait pas dû s'interroger sur la légalité de sa propre création.

2) L'interprétation donnée de l'article 3 du Statut dans la décision de la Chambre d'appel est trop large. Le droit applicable aux conflits armés internes a un champ plus restreint que ne le laisse supposer cette décision.

3) La Chambre d'appel aurait dû traiter l'ensemble du conflit dans l'ex-Yougoslavie comme un conflit armé international.

Opinion individuelle du juge Abi-Saab

Le droit applicable en période de conflit armé a évolué de telle manière qu'il faut désormais voir simplement dans les infractions graves une catégorie particulière de crimes de guerre. La notion d'infractions graves doit aujourd'hui être considérée comme applicable dans le contexte des conflits armés internes aussi bien qu'internationaux.

Opinion séparée du juge Sidhwa

1) L'accusé a le droit, en vertu de l'article 25 du Statut et de l'article 72 B) du Règlement du Tribunal⁷, d'interjeter appel contre la décision de la Chambre de première instance, nonobstant son caractère interlocutoire.

2) Le Tribunal n'est pas habilité à exercer un contrôle judiciaire sur les décisions du Conseil de sécurité mais il est fondé à s'interroger sur la légalité de sa propre création par le Conseil. Point n'est besoin en l'espèce de se demander ce que le Tribunal aurait dû faire s'il était parvenu à la conclusion qu'il n'avait pas été légalement créé.

3) Le Tribunal a été légalement créé par le Conseil de sécurité dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par le Chapitre VII de la Charte. La question de savoir s'il a été « établi par la loi » au sens du paragraphe 1 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques est plus délicate. Le Pacte vise à protéger les individus contre le risque de poursuites devant des tribunaux spécialement créés à des fins politiques. Ce risque n'existe pas en l'occurrence. Le Conseil de sécurité

n'est pas un organe politique au sens où peut l'être un organe législatif opérant dans un contexte national. Le Conseil n'a pas agi arbitrairement en créant le Tribunal, lequel doit fonctionner en se conformant rigoureusement aux exigences d'un procès équitable. Est également dépourvu de fondement l'argument selon lequel le Conseil n'a de pouvoir qu'à l'égard des Etats, à l'exclusion des individus.

4) L'accusé n'est pas recevable à se plaindre que la création du Tribunal et sa primauté sur les tribunaux internationaux portent atteinte à la souveraineté des Etats. Le principe *jus de non evocando* est sans pertinence dans une situation où des Etats souverains ont transféré au Tribunal leur droit souverain de juger les auteurs de certains crimes.

5) L'article 2 du Statut ne vise que les crimes commis dans le cadre d'un conflit armé international. L'article 3, en revanche, donne compétence au Tribunal pour appliquer l'ensemble du droit régissant les conflits armés internes et internationaux.

6) Déterminer si la région de Prijedor était le théâtre d'un conflit armé au moment des faits et, dans l'affirmative, s'il s'agissait d'un conflit armé interne ou international oblige à trancher des questions de fait. Les faits pertinents auraient dû être établis par la Chambre de première instance. La Chambre d'appel a le pouvoir inhérent de renvoyer une affaire à la Chambre de première instance aux fins de l'établissement des faits pertinents et c'est ce qu'elle aurait dû faire en l'occurrence.

Déclaration du juge Deschênes

Les langues officielles du Tribunal sont l'anglais et le français et il est donc regrettable que le Tribunal n'ait rendu sa décision qu'en anglais sur simple promesse qu'une traduction française serait établie plus tard.

Le texte de la décision de la Chambre de première instance est en partie reproduit ci-dessous :

Décision

Le 23 juin 1995, la défense a soulevé une exception préjudicielle, conformément à l'article 73 A, i du Règlement de procédure et de preuve (« le Règlement ») qui prévoit une exception d'incompétence, demandant le rejet de toutes les accusations portées contre l'accusé. L'exception préjudicielle de la défense conteste que le Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 (« le Tribunal international ») soit habilité à juger l'accusé et ce sous trois titres : la création présumée illégale du Tribunal international; l'attribution illégale de la primauté de compétence au Tribunal international; et la contestation de la compétence d'attribution du Tribunal international. Le procureur soutient qu'aucun de ces points n'est va-

lable et que le Tribunal international est compétent pour juger l'accusé sous les divers chefs d'accusation. Le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique a présenté un mémoire en qualité d'*amicus curiae*.

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

La Chambre de première instance,

Ayant examiné les conclusions écrites et les arguments oraux des parties ainsi que la conclusion écrite de l'*amicus curiae*,

Rend sa décision par la présente.

MOTIFS DE LA DÉCISION

I. — LA CRÉATION DU TRIBUNAL INTERNATIONAL

A. — *Légitimité de la création*

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

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

nal indépendant et impartial; il existe un défaut intrinsèque dans la création, après coup, de tribunaux ad hoc pour juger de types spécifiques de crimes; et, enfin, conférer au Tribunal international la primauté sur les juridictions nationales est, en tout état de cause et en soi, fondamentalement erroné.

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

4. Il existe, clairement, des questions de compétence relevant du Tribunal international comme les questions de date, de lieu et de caractère du crime faisant l'objet de poursuites. Ces questions sont qualifiées, à juste titre, de questions juridictionnelles, tandis que la légalité de la création du Tribunal international n'est pas véritablement une question de compétence. Elle porte, plutôt, sur la légalité de sa création, appelant un examen des pouvoirs du Conseil de sécurité et de la façon dont il les exerce et peut-être également du caractère judiciaire de sa réponse à la situation dans l'ex-Yougoslavie.

5. La Chambre de première instance a entendu les conclusions de la défense concernant le réexamen judiciaire des actions du Conseil de sécurité. Cependant, le présent Tribunal international n'est pas une juridiction constitutionnelle établie pour examiner les actions des organes des Nations Unies. Il est, au contraire, un tribunal pénal doté de pouvoirs clairement définis, comportant une compétence pénale très spécifique et limitée. S'il entend confiner ses décisions à ces limites spécifiques, il n'aura aucune compétence pour examiner la légalité de sa création par le Conseil de sécurité.

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

7. Tout examen de cette question doit commencer avec la Charte des Nations Unies. L'Article 24, paragraphe 1, stipule que les Membres des Nations Unies

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

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

« Une large liberté de jugement est laissée en ce qui concerne le moment qu'il [le Conseil de sécurité] peut choisir pour intervenir et les moyens à appliquer, avec pour seule réserve qu'il doit agir conformément aux buts et principes des [Nations Unies]. » [Voir Déclaration du Rapporteur du Committee III/3, document 134, III/3/3, 11 U.N.C.I.O., document 785 (1945).]

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

8. Pour la défense, un des droits de l'homme fondamentaux d'un accusé est que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial légalement créé. La défense soutient que ce droit est protégé par une panoplie de principes de justice fondamentale sanctionnés par la législation sur les droits de l'homme. Il est indéniable que le Tribunal international doit chercher à assurer un tel procès; de fait, en promulguant son Statut, le Conseil de sécurité a pris soin de le garantir et les juges du Tribunal international, en rédigeant son Règlement, ont également prêté une attention scrupuleuse aux conditions d'un procès équitable. Par exemple, l'article 21 du Statut du Tribunal international garantit à l'accusé le droit à un procès équitable et l'article 20 fait obligation aux Chambres de première instance de s'assurer que les procès sont bien, en fait, équitables. Plusieurs autres dispositions visent le même objectif. Toutefois, c'est une chose pour le Conseil de sécurité de prendre soin de s'assurer de la création d'une structure appropriée pour la conduite de procès équitables; c'en est une autre de déduire, sous quelque angle qu'on se place, de cet établissement attentif que l'intention était d'habiliter le Tribunal international à contester la légalité de la législation qui l'a créé. La compétence du Tribunal international est précise et étroitement définie; ainsi que le prévoit l'article premier de son Statut, il est habilité à juger les personnes présumées responsables de vio-

lations graves du droit international humanitaire, sous réserve de limites spatiales et temporelles, et cela conformément audit Statut. C'est là toute l'étendue de la compétence du Tribunal international.

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

10. La défense s'appuie, ou au moins se réfère, aux décisions de la Cour internationale de Justice (la « Cour ») dans trois affaires : *Certaines dépenses des Nations Unies*, Avis consultatif du 20 juillet 1962 (l'« avis consultatif sur *Certaines dépenses*⁸ »); *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, Avis consultatif du 21 juin 1971 (l'« avis consultatif sur la Namibie⁹ »); et *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Etats-Unis d'Amérique) (Mesures conservatoires)*, Ordonnance du 14 avril 1992 (la « décision *Lockerbie*¹⁰ »). Dans la première de ces affaires, l'avis consultatif sur *Certaines dépenses*, la Cour a indiqué spécifiquement que, à la différence du système juridique de certains Etats, il n'existe pas de procédure pour déterminer la validité des actes des organes des Nations Unies. Elle fait référence aux propositions avancées à l'époque de la rédaction de la Charte visant à conférer ce pouvoir à la Cour et au rejet de ces propositions.

11. Dans la deuxième de ces affaires, l'avis consultatif sur la *Namibie*, la Cour a traité très spécifiquement de cette question, déclarant que : « Il est évident que la Cour n'a pas de pouvoirs de contrôle judiciaire ni d'appel en ce qui concerne les décisions prises par les organes des Nations Unies dont il s'agit¹¹. »

12. Enfin, dans la décision *Lockerbie*, dans son opinion dissidente mais qui, à cet égard, ne s'écartait pas des autres membres de la Cour, le

juge Weeramantry a déclaré qu'« il n'appartient pas à cette cour de réformer une résolution du Conseil de sécurité¹² » et que, s'agissant de l'exercice par le Conseil de sécurité de ses pouvoirs au titre du Chapitre VII,

« lorsqu'il s'agit de constater l'existence d'une menace contre la paix... le Conseil jouit d'une totale liberté d'appréciation. Il semble que ce soit le Conseil, et lui seul, qui soit juge de l'existence d'un état de choses qui entraîne la mise en application du Chapitre VII... Une fois que le Conseil s'est prononcé sur ce point, la porte est ouverte aux diverses décisions qu'il s'agit de prendre en vertu de ce chapitre¹³. »

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

14. A l'appui de sa conclusion selon laquelle la présente Chambre de première instance devrait réexaminer les actions du Conseil de sécurité, la défense soutient que les décisions dudit Conseil ne sont pas « sacro-saintes ». Les commentateurs ont indéniablement suggéré qu'il existe des limites au pouvoir du Conseil de sécurité. Il a été avancé que ces limites peuvent s'appuyer sur l'Article 24, paragraphe 2, qui prévoit que le Conseil de sécurité :

« ... agit conformément aux buts et principes des Nations Unies. Les pouvoirs spécifiques accordés au Conseil de sécurité pour lui permettre d'accomplir lesdits devoirs sont définis aux Chapitres VI, VII, VIII et XII ».

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

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

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

17. Aucun des cas hypothétiques que les commentateurs ont suggéré comme exemples des limites des pouvoirs du Conseil de sécurité, qu'elles soient imposées par la Charte ou par les principes généraux du droit international, en particulier ceux du *jus cogens*, n'offre un intérêt pour la présente affaire. De surcroît, même si ces limites existent, cela ne

signifie pas pour autant que tout organe judiciaire, moins encore le Tribunal international, peut exercer un réexamen judiciaire pour déterminer si ces limites ont été excédées par le Conseil de sécurité dans l'exercice des pouvoirs au titre du Chapitre VII.

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

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

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

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

« Le Conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises conformément aux Articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. »

22. Quand, dans la résolution 827 (1993), le Conseil de sécurité s'est déclaré convaincu que, dans les « circonstances particulières de l'ex-Yougoslavie », la création du Tribunal international contribuerait au rétablissement et au maintien de la paix, la nouveauté de l'orientation prise ne concernait que les moyens retenus et non le but visé. Le Conseil de sécurité a, à maintes reprises, répondu à des questions relevant du droit humanitaire dans le contexte de menaces contre la paix; a demandé aux Etats de respecter les obligations imposées par ledit droit humanitaire; et a parfois pris des mesures pour assurer ce respect. Ce fut le cas, par exemple, en Rhodésie du Sud en 1965 et 1966; en Afrique du Sud en 1977; au Liban en plusieurs occasions durant les années 80; en Iran et Iraq en 1987; de nouveau en Iraq en 1991; en Haïti et en Somalie en 1993; et, bien sûr, au Rwanda en 1994. Dans ce dernier cas, la création du Tribunal pour le Rwanda par le Conseil de sécurité a fait suite à sa constatation que le conflit rwandais comprenait des violations du droit humanitaire et présentait une menace pour la paix.

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

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

« Dans toute affaire considérée comme engageant une question politique, on peut observer à l'évidence l'affectation constitutionnelle de la question, démontrable sur la base des textes, à un département politique de même rang; ou l'absence de normes judiciaires pour la résoudre; ou l'impossibilité de prendre une décision sans une décision politique initiale échappant clairement à la compétence des tribunaux; ou l'impossibilité d'une solution indépendante par une juridiction sans exprimer un manque de respect à l'égard des autres branches de l'Etat; ou la nécessité exceptionnelle du respect inconditionnel d'une décision politique déjà prise; ou l'embarras potentiel résultant de décisions variées rendues par divers départements sur une même question. » [*Baker v. Carr*, 369 U.S. p. 186, 217 (1962)].

La validité de la décision du Conseil de sécurité d'établir le Tribunal international repose sur sa constatation que les événements dans l'ex-Yougoslavie constituaient une menace pour la paix. Cette constatation

s'appuie nécessairement sur des faits et pose des questions politiques échappant à la compétence des tribunaux. Comme l'a fait remarquer le juge Weeramantry, une telle décision « sous-entend un jugement de caractère factuel et politique et non juridique » (décision *Lockerbie*¹⁴). Un commentateur s'est déclaré du même avis, disant qu'« une menace à la paix et à la sécurité internationales n'est pas une norme rigide qui peut être facilement et automatiquement appliquée » [David L. Johnson, Note, *Sanctions and South Africa*, 19 Harv. Intl. L. J., p. 887, 901 (1978)]. Le caractère factuel et politique d'une décision du Conseil de sécurité au titre de l'Article 39 rend fondamentalement inapproprié tout réexamen par la présente Chambre de première instance.

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

26. L'Article 41 de la Charte stipule :

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

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

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

28. La défense soutient que la création du Tribunal international n'est pas envisagée par l'Article 41 parce que les exemples inclus dans le-

dit article se concentrent sur des mesures économiques et politiques et non judiciaires. Comme la défense le concède, cependant, la liste figurant dans ledit article n'est pas limitative. Là encore, la décision du Conseil de sécurité à cet égard est largement empreinte de décisions factuelles et politiques qui retirent cette question de la compétence des tribunaux.

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

30. Les débats du Conseil de sécurité sur la situation dans l'ex-Yougoslavie suggèrent que le Tribunal international pourrait contribuer au rétablissement et au maintien de la paix de deux façons. Premièrement, plusieurs Etats ont exprimé l'avis que la création du Tribunal international dissuadera d'autres violations du droit international humanitaire [voir procès-verbaux provisoires, U.N. DOCS, quarante-huitième session, 3175^e séance (S/PV.3175), p. 8, 22; *ibid.*, 3217^e séance (S/PV.3217), p. 12, 19].

31. Deuxièmement, les Etats ont adopté la position selon laquelle la création du Tribunal international contribuera au rétablissement de la paix dans la région. Lors de la réunion du Conseil de sécurité sur la résolution 808 (1993), la Hongrie, appuyant la création du Tribunal international, a expliqué la façon dont ledit Tribunal pourrait être utile à cet égard :

« La façon dont la communauté internationale traite des questions relatives aux événements dans l'ex-Yougoslavie laissera une marque profonde sur l'avenir de cette région de l'Europe et au-delà. Elle rendra plus facile ou plus difficile, ou même impossible, la guérison des traumatismes psychologiques que le conflit a infligés à des populations qui, pendant des siècles, ont vécu ensemble harmonieusement, en dépit des déclarations actuelles de certaines parties au conflit. On ne peut oublier que les populations, les communautés ethniques et les minorités nationales de l'Europe centrale et orientale nous regardent et suivent attentivement nos travaux. » (Procès-verbal provisoire de la 3715^e séance, *supra*, p. 19-20).

La Slovénie a également manifesté sa conviction que :

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

présentant permanent de la Slovénie auprès de l'Organisation des Nations Unies, S/25652 (22 avril 1993).]

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

« Il est important de traduire les auteurs de crimes en justice si l'on veut qu'il existe un espoir réel de désamorcer les tensions ethniques dans cette région. Le blâme ne doit pas être imputé à une nation entière mais aux auteurs individuels des crimes et aux dirigeants responsables. » [Theodor Meron, *Case for War Crimes Trials in Yugoslavia*, 72 *Foreign Affairs* 122, 134 (1993).]

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

32. Il est avancé ensuite que le droit international exige que les tribunaux pénaux soient indépendants et impartiaux et qu'aucun tribunal créé par un organe politique comme le Conseil de sécurité ne peut avoir ces caractéristiques. Bien sûr, dans le monde entier, les juridictions pénales sont créées par les organes législatifs, des organes éminemment politiques s'il en est. La Cour, dans l'affaire *Effet de jugements*, a spécifiquement déclaré qu'un organe politique des Nations Unies, dans ce cas, l'Assemblée générale, pouvait et avait créé un « organe indépendant et de caractère véritablement judiciaire ». (*Effet de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnités*, Avis consultatif du 13 juillet 1954) [l'« avis consultatif sur l'*Effet de jugements*¹⁵ »]. La question de savoir si une juridiction est indépendante et impartiale ne dépend pas de l'organe qui l'a créée mais de sa constitution, de ses juges et de la façon dont elle opère. Le Tribunal international a été constitué, comme l'attestent son Statut et son Règlement, de façon à assurer un procès équitable à un accusé et on espère que la façon dont ses juges administrent leur juridiction ne laissera pas place à des plaintes d'impartialité ou de manque d'indépendance.

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

34. Il est intéressant de remarquer que, dans le contexte du Pacte international et du droit, énoncé à l'article 14, à un procès par un « tribu-

nal établi par la loi », ce membre de phrase exige seulement que le tribunal soit légalement constitué. A l'époque de la rédaction de l'article 14, d'aucuns se sont efforcés sans succès de le modifier pour exiger que les tribunaux soient « préétablis ». Comme le précise le professeur David Harris dans son article *The Right to a Fair Trial in Criminal Proceedings as a Human Right*, 16 I.C.L.Q. 353, 356 (1967) :

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

35. Il est également avancé que l'Article 29 du Chapitre VI de la Charte n'envisage pas la création par le Conseil de sécurité d'un organe judiciaire international lorsqu'il fait référence à la création d'organes subsidiaires. Le raisonnement sous-jacent à cette conclusion n'est rien de plus que l'assertion selon laquelle un organe judiciaire ne peut pas être un organe additionnel de quelque autre organe; cependant, l'Article 29 est libellé dans les termes les plus larges et rien ne semble limiter son champ à des organes non judiciaires. En tout état de cause, le Conseil de sécurité n'a pas établi le Tribunal dans le cadre du Chapitre VI de la Charte; ainsi qu'il est déclaré dans le premier paragraphe du Statut dudit Tribunal, c'est en tant que mesure au titre du Chapitre VII que le Conseil de sécurité l'a créé. De surcroît, dans l'avis consultatif sur *l'Effet de jugements* susmentionné, la Cour a spécifiquement décidé que l'Assemblée générale a le pouvoir de créer un tribunal administratif¹⁶. Si l'Assemblée générale a l'autorité pour créer un organe judiciaire subsidiaire, le Conseil de sécurité peut, sans aucun doute, établir un tel organe dans l'exercice de son ample pouvoir discrétionnaire au titre du Chapitre VII.

36. Aucun fondement n'a, non plus, été établi pour priver le Conseil de sécurité du pouvoir d'imposer indirectement une responsabilité pénale à des individus par le biais de la création d'un tribunal doté d'une compétence pénale. Au contraire, le Conseil de sécurité ayant constaté que la menace à la paix engendrée par le conflit dans l'ex-Yougoslavie tient à des violations du droit international humanitaire commises sur une grande échelle par des individus, il est à la fois approprié et nécessaire que le Conseil de sécurité, par le canal du Tribunal international, agisse à l'encontre d'individus pour s'attaquer à la menace contre la paix. A cet égard, il est important que, quand le Conseil de sécurité, dans ses résolu-

tions 731 (1982) et 748 (1982), a requis du Gouvernement libyen qu'il remette les deux ressortissants libyens accusés de l'attentat de Lockerbie et imposé des sanctions commerciales et diplomatiques obligatoires pour obtenir le respect de sa décision par la Libye, il visait fondamentalement des individus, cherchant à obtenir l'extradition et la mise en jugement de ces ressortissants libyens.

37. Référence est également faite au principe *jus de non evocando* qui figure dans un certain nombre de constitutions nationales. Mais ce principe, s'il exige qu'un accusé soit jugé par les tribunaux régulièrement établis et non par quelque tribunal spécial créé à cette fin particulière, ne s'applique pas quand la question qui se pose concerne l'exercice, par le Conseil de sécurité, agissant au titre du Chapitre VII, des pouvoirs qui lui sont conférés par la Charte des Nations Unies. De toute évidence, cela implique un certain abandon de souveraineté de la part des Etats Membres des Nations Unies et c'est précisément ce qui a été réalisé par l'adoption de la Charte et, plus particulièrement, dans le cas d'une action du Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII, par l'Article 2, paragraphe 7, de la Charte et sa référence à l'application de mesures d'exécution au titre du chapitre précité. La même observation s'applique à l'argument selon lequel la primauté conférée au présent Tribunal serait entachée de quelque vice. Ce n'est rien de plus qu'un moyen permettant au Conseil de sécurité de donner effet aux pouvoirs qui lui sont conférés par le Chapitre VII. En tout état de cause, il n'est pas certain qu'un particulier soit habilité à soulever ce point.

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

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

plique dans le cas de la Convention européenne des droits de l'homme, à laquelle la défense fait également référence.

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

B. — *Primauté du Tribunal international*

41. La Chambre de première instance se penche ensuite sur l'argument de la défense selon lequel la primauté de compétence conférée au Tribunal international par l'article 9, paragraphe 2, n'est pas fondée en droit international parce que les juridictions de Bosnie-Herzégovine ou, subsidiairement, de l'entité appelée Administration des Serbes de Bosnie, ont la primauté pour juger l'accusé. En fait, cet argument conteste de nouveau la légalité de l'action du Conseil de sécurité portant création du Tribunal international. On trouvera ci-dessus la réponse à cet argument. La Chambre de première instance n'est pas habilitée à réexaminer une résolution adoptée par le Conseil de sécurité. En tout état de cause, l'accusé n'étant pas un Etat, manque du *locus standi* pour soulever la question de la primauté, qui fait valoir qu'il est porté atteinte à la souveraineté d'un Etat, un argument que seul un Etat peut invoquer ou auquel il peut seul renoncer et un droit dans le cadre duquel, clairement, l'accusé ne peut pas se substituer à l'Etat [voir *Israël v. Eichmann*, 36 I.L.R. 5, 62 (1961)]. Dans la présente affaire, il est intéressant de noter que la contestation de la primauté du Tribunal international a eu lieu contre l'intention expresse des deux Etats les plus touchés par l'acte d'accusation pris contre l'accusé, Bosnie-Herzégovine et République fédérale d'Allemagne. Le premier, sur le territoire duquel les crimes présumés auraient été commis, et le second, où l'accusé résidait à la date de son arrestation, ont accepté inconditionnellement la compétence du Tribunal international et l'accusé ne peut pas invoquer des droits auxquels les Etats spécifiquement concernés ont renoncé. Permettre à l'accusé de s'en prévaloir reviendrait à lui permettre de sélectionner l'instance de son choix, contrairement aux principes régissant les juridictions pénales contraignantes. Quant à l'entité connue sous le nom d'Administration des Serbes de Bosnie, de même, l'accusé en tant qu'individu n'a pas de *locus sandi*, pour les raisons précitées, pour soulever la question des droits de souveraineté de ladite entité, en supposant qu'elle soit dotée de tous les attributs d'un Etat.

42. Une dernière remarque concernant cette question de l'atteinte à la souveraineté des Etats : les crimes qu'il est demandé au Tribunal in-

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

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

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

...

Le texte de la décision de la Chambre d'appel est en partie reproduit ci-dessous :

...

B. — Recevabilité du moyen invoquant l'illégalité de la création du Tribunal international

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

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

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

La Chambre de première instance a approuvé cette approche.

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

1. *Le Tribunal international est-il compétent ?*

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

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

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

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

15. Supposer que la compétence du Tribunal international se limite strictement aux « intentions » du Conseil de sécurité le concernant revient à le considérer uniquement comme un « organe subsidiaire » du Conseil de sécurité (voir Article 7, paragraphe 2, et Article 29 de la

Charte des Nations Unies), une « création » entièrement façonnée dans le plus infime détail par son « créateur » et demeurant totalement en son pouvoir et à sa merci. Mais le Conseil de sécurité n'a pas seulement décidé de créer un organe subsidiaire (le seul moyen juridique à sa disposition pour créer un tel organe), il avait aussi clairement l'intention de créer un type spécial d'« organe subsidiaire » : un tribunal.

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

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

« (...) »

« La question ne peut être résolue en prenant pour base l'étude des rapports entre l'Assemblée générale et le Tribunal, c'est-à-dire en déterminant si le Tribunal doit être considéré comme un organe subsidiaire, subordonné ou secondaire, ou bien en relevant qu'il a été créé par l'Assemblée générale. La solution dépend de l'intention de l'Assemblée générale quand elle a créé le Tribunal et de la nature des fonctions que lui confère son statut. L'examen des termes du Statut du Tribunal administratif a démontré que l'Assemblée générale a voulu créer un corps judiciaire. » (*Effets de jugements du Tribunal administratif des Nations Unies accordant indemnités*, Avis consultatif du 13 juillet 1954) [l'« avis consultatif sur *l'Effet de jugements*¹⁷ »].

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

« En cas de contestation sur le point de savoir si le Tribunal est compétent, le Tribunal décide » citant le Statut du Tribunal administratif des Nations Unies, art. 2, par. 3¹⁸.

18. Ce pouvoir, appelé principe de « Kompetenz-Kompetenz » en allemand ou « la compétence de la compétence » en français, est un élément et, de fait, un élément majeur de la compétence incidente ou implicite de tout tribunal judiciaire ou arbitral et consiste en sa « compétence de déterminer sa propre compétence ». Ce principe est un élément constitutif nécessaire dans l'exercice de la fonction judiciaire et il est inutile qu'il soit expressément prévu dans les documents constitutifs de ces tribunaux, bien qu'il le soit souvent (voir, par exemple, Statut de la Cour in-

ternationale de Justice, Article 36, paragraphe 6). Mais, pour reprendre les termes de la Cour internationale de Justice,

« Ce principe, que le droit international général admet en matière d'arbitrage, prend une force particulière quand le juge international n'est plus un tribunal arbitral (...) mais une institution préétablie par un acte international qui en définit la compétence et en règle le fonctionnement » [affaire *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*, (*Exception préliminaire*), 21 mars 1953]¹⁹.

Ce n'est pas simplement un pouvoir entre les mains du tribunal. En droit international, où il n'existe pas de système judiciaire intégré et où chaque organe judiciaire ou arbitral a besoin d'un acte constitutif spécifique définissant sa compétence, « la première obligation de la Cour, comme de tout autre organe judiciaire, est de déterminer sa propre compétence » (Juge Cordova, opinion dissidente, *Jugements du Tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'UNESCO*, Avis consultatif du 23 octobre 1956)²⁰.

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

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

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

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

Il n'est pas question, bien sûr, que le Tribunal international fasse fonction de tribunal constitutionnel, réexaminant les actions des autres organes des Nations Unies, en particulier celles du Conseil de sécurité, son propre « créateur ». Il n'a pas été créé à cette fin, ainsi qu'il ressort

clairement de la définition du domaine de sa compétence « principale » ou « au fond » définie dans les articles 1 à 5 de son Statut.

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

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

« Il est évident que la Cour n'a pas de pouvoirs de contrôle judiciaire ni d'appel en ce qui concerne les décisions prises par les organes des Nations Unies dont il s'agit ». [*Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, Avis consultatif du 21 juin 1971*] (« l'avis consultatif sur la Namibie²¹ »).

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

« La question de la légalité ou de la conformité avec la Charte de la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale ou des résolutions connexes du Conseil de sécurité ne sont pas l'objet de la demande d'avis consultatif. Cependant, dans l'exercice de sa fonction judiciaire et du fait que des objections ont été soulevées, la Cour examinera ces objections dans le cadre de l'exposé de ses motifs avant de décider des conséquences juridiques desdites résolutions²². »

La Cour internationale de Justice a procédé au même type d'examen, notamment dans l'avis consultatif sur l'*Effet de jugements* :

« La légalité du pouvoir de l'Assemblée générale de créer un tribunal compétent pour rendre des jugements liant les Nations Unies a été contestée. En conséquence, il convient d'examiner si la Charte a conféré ce pouvoir à l'Assemblée générale²³. »

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

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

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

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

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

La Cour a constamment rejeté cet argument comme obstacle à l'examen d'une affaire. Elle considère qu'il n'est pas fondé en droit. Aussi longtemps que l'affaire dont elle est saisie ou que la demande d'un avis consultatif est fondée sur une question juridique susceptible de recevoir une réponse juridique, la Cour se considère tenue d'exercer sa compétence à son sujet, quels que soient le contexte politique ou les autres aspects politiques de la question. Sur ce point, la Cour internationale de Justice a déclaré dans son avis consultatif sur *Certaines dépenses des Nations Unies* :

« [O]n a fait valoir que la question posée à la Cour touche à des questions d'ordre politique et que, pour ce motif, la Cour doit se refuser à donner un avis. Certes, la plupart des interprétations de la Charte des Nations Unies présentent une importance politique plus ou moins grande. Par la nature des choses, il ne saurait en être autrement. Mais la Cour ne saurait attribuer un caractère politique à une requête qui l'invite à s'acquitter d'une tâche essentiellement judiciaire, à savoir l'interprétation d'une disposition conventionnelle » (*Certaines dépenses des Nations Unies*, Avis consultatif du 20 juillet 1962²⁴).

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

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

C. — *La question de la constitutionnalité*

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

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

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

défaut intrinsèque dans la création, après coup, de tribunaux ad hoc pour juger de types spécifiques de crimes et, enfin, conférer au Tribunal international la primauté sur les juridictions nationales est, en tout état de cause et en soi, fondamentalement erroné » (*Décision de la Chambre de première instance*, par. 2).

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

1. Existait-il réellement une menace contre la paix justifiant le recours au Chapitre VII comme fondement juridique de la création du Tribunal international ?

2. Si l'on postule l'existence d'une telle menace, le Conseil de sécurité était-il habilité, en vue de rétablir ou de maintenir la paix, à prendre toutes mesures de son choix ou était-il tenu de choisir parmi celles expressément visées aux Articles 41 et 42 (et, éventuellement, à l'Article 40) ?

3. Dans ce dernier cas, comment la création d'un tribunal pénal international peut-elle se justifier, du fait qu'elle ne figure pas parmi les mesures mentionnées dans ces articles et qu'elle est d'une nature différente ?

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

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

« Le Conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises conformément aux Articles 41 et 42 pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales. »

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

En tout état de cause, ni la lettre ni l'esprit de la Charte ne conçoivent le Conseil de sécurité comme *legibus solutus* (échappant à la loi).

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

« Dans l'accomplissement de ces devoirs, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations Unies. Les pouvoirs spécifiques accordés au Conseil de sécurité pour lui permettre d'accomplir lesdits devoirs sont définis aux Chapitres VI, VII, VIII et XII. »

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

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

Le Conseil de sécurité joue un rôle central dans l'application des deux parties de l'article. C'est le Conseil de sécurité qui *constate* s'il existe une des situations justifiant l'utilisation des « pouvoirs exceptionnels » du Chapitre VII. Et c'est également le Conseil de sécurité qui choisit la réponse à une telle situation : ou il présente des *recommandations* (c'est-à-dire qu'il choisit de ne pas recourir aux pouvoirs exceptionnels mais de continuer à opérer dans le cadre du Chapitre VI, ou il décide d'utiliser les pouvoirs exceptionnels en ordonnant des *mesures* devant être prises conformément aux Articles 41 et 42 en vue de maintenir ou de rétablir la paix et la sécurité internationales.

Les situations justifiant le recours aux pouvoirs prévus au Chapitre VII sont « une menace contre la paix », une « rupture de la paix » ou un « acte d'agression ». S'il est plus facile de donner une définition juridique de l'« acte d'agression », la « menace contre la paix » est davantage un concept politique. Mais la décision selon laquelle il existe une telle menace n'est pas totalement discrétionnaire puisqu'elle doit rester, pour le moins, dans les limites des buts et principes de la Charte.

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

La première est qu'un conflit armé (ou une série de conflits armés) se déroulait sur le territoire de l'ex-Yougoslavie bien avant que le Conseil de sécurité décide de créer le présent Tribunal international. Si ce conflit est considéré comme un conflit armé international, il est indéniable qu'il tombe dans le champ de l'interprétation littérale de l'expression « rupture

de la paix » (entre les parties ou, pour le moins, en tant que « menace contre la paix » concernant d'autres parties).

Mais même s'il est considéré simplement comme un « conflit armé interne », il constitue néanmoins une « menace contre la paix » d'après la pratique établie du Conseil de sécurité et l'interprétation partagée par les Membres des Nations Unies en général. De fait, l'action du Conseil de sécurité est riche de situations de guerres civiles ou de conflits internes qu'il a qualifiées de « menace contre la paix » et réglées dans le cadre du Chapitre VII, avec le soutien ou à la demande de l'Assemblée générale, comme la crise du Congo au début des années 60 et, plus récemment, au Libéria et en Somalie. On peut donc avancer qu'il existe une interprétation commune, manifestée par la « pratique ultérieure » des Membres des Nations Unies dans leur ensemble, selon laquelle la « menace contre la paix » de l'Article 39 peut inclure les conflits armés internes.

La deuxième raison, plus spécifique à l'affaire qui nous intéresse, est que l'appelant a modifié sa position par rapport à celle figurant dans le mémoire présenté à la Chambre de première instance. L'appelant ne conteste plus le pouvoir du Conseil de sécurité de décider si la situation dans l'ex-Yougoslavie constituait une menace contre la paix ni la décision proprement dite. Il reconnaît, de surcroît, que le Conseil de sécurité « est habilité à s'attaquer à (*sic*) ces menaces ... par des mesures appropriées » [*Mémoire (de la défense) à l'appui de la notification de l'appel*, 25 août 1995, affaire n° IT-94-1-AR72, par. 5.1 (« *Mémoire en appel de la défense* »)]. Mais il continue de contester la légalité et le caractère approprié des mesures choisies à cette fin par le Conseil de sécurité.

2. *Le champ des mesures envisagées en vertu du Chapitre VII*

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

Une question se pose à cet égard : le choix du Conseil de sécurité est-il limité aux mesures prévues aux Articles 41 et 42 de la Charte (comme le suggère le texte de l'Article 39), ou est-il doté d'une plus grande discrétion sous forme de pouvoirs généraux pour maintenir et rétablir la paix et la sécurité au titre de l'ensemble du Chapitre VII ? Dans ce dernier cas, il n'est pas nécessaire de trouver chaque mesure prise par

le Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII dans les limites des Articles 41 et 42 ou, peut-être, de l'Article 40. En tout état de cause, selon ces deux interprétations, le Conseil de sécurité est doté d'un large pouvoir discrétionnaire pour décider des mesures à prendre et évaluer leur caractère adéquat. Le texte de l'Article 39 est parfaitement clair pour ce qui est de canaliser les pouvoirs très larges et exceptionnels du Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII par la voie des Articles 41 et 42. Ces deux articles confèrent un choix si large au Conseil de sécurité qu'il est inutile de chercher, pour des motifs fonctionnels ou autres, des pouvoirs plus étendus et plus généraux que ceux prévus expressément par la Charte.

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

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

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

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

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

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

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

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

a) *Quel article du Chapitre VII sert de fondement à la création d'un tribunal ?*

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

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

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

« ... il est clair que la création d'un tribunal pour crimes de guerre n'était pas visée. Les exemples mentionnés dans ledit article se concentrent sur des mesures économiques et politiques et ne suggèrent aucunement des mesures judiciaires » [Mémoire à l'appui de l'exception préjudicielle d'incompétence du Tribunal présentée par la défense devant la Chambre de première instance du Tribunal international, 23 juin 1995 (affaire n° IT-94-1-T), par. 3.2.1 (« *Mémoire de la défense en instance* »)].

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

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

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

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

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

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

36. Logiquement, si l'Organisation peut prendre des mesures qui doivent être appliquées par l'intermédiaire de ses Membres, elle peut, *a fortiori*, prendre des mesures qu'elle peut appliquer directement par le canal de ses propres organes, s'il se trouve qu'elle en a les ressources. Seul

le manque de ressources contraint les Nations Unies à agir par l'intermédiaire de leurs Etats Membres. Mais le fait qu'elles soient appliquées collectivement relève de l'essence même des « mesures collectives ». L'action entreprise par les Etats Membres pour le compte de l'Organisation n'est qu'un pis-aller, faute de mieux. C'est également le cas de l'Article 42 relatif aux mesures impliquant l'emploi de la force armée.

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

b) *Le Conseil de sécurité peut-il établir un organe subsidiaire doté de pouvoirs judiciaires ?*

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

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

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

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

« La Charte ne confère pas de fonctions judiciaires à l'Assemblée générale... En créant le Tribunal administratif, l'Assemblée générale ne délèguait pas l'exercice de ses propres fonctions :

elle exerçait son pouvoir aux termes de la Charte de régler les relations du personnel²⁵. »

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

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

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

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

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

4. *La création du Tribunal international contrevient-elle au principe général selon lequel les tribunaux doivent être « établis par la loi » ?*

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

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

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

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle » (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

et des libertés fondamentales, 4 novembre 1950, article 6, paragraphe 1 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, p. 222).

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

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue, avec les garanties appropriées et dans un délai raisonnable, par un tribunal compétent, indépendant et impartial, antérieurement établi par la loi » [Convention américaine des droits de l'homme, 22 novembre 1969, article 8, paragraphe 1 (Série des Traités de l'OEA, n° 36, p. 1)].

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

42. Pour les raisons exposées brièvement ci-après, l'appelant n'a pas convaincu la présente Chambre que les conditions énoncées dans ces trois conventions doivent s'appliquer non seulement dans le contexte des systèmes juridiques nationaux mais aussi dans le cadre des instances se déroulant devant un tribunal international. La présente Chambre est, cependant, convaincue que le principe selon lequel un tribunal doit être établi par la loi, comme expliqué ci-dessous, est un principe général du droit imposant une obligation internationale qui ne s'applique qu'à l'administration de la justice pénale dans un cadre national. D'après ce principe, tous les Etats sont tenus d'organiser leur justice pénale de manière à garantir à toutes les personnes le droit à ce qu'une accusation pénale soit entendue par un tribunal établi par la loi. Cela ne signifie pas cependant qu'à l'opposé, un tribunal pénal international pourrait être créé par le simple caprice d'un groupe de gouvernements. Un tel tribunal doit trouver racine dans la règle de droit et offrir toutes les garanties figurant dans les instruments internationaux pertinents. On peut alors dire que le tribunal est « établi par la loi ».

43. En fait, il existe trois interprétations possibles de l'expression « établi par la loi ». Premièrement, comme le soutient l'appelant, elle pourrait signifier établi par un organe législatif. L'appelant allègue que le Tribunal international est le produit « d'une simple décision d'un organe exécutif » et non d'un « processus de décision sous contrôle démocratique, nécessaire pour créer un organe judiciaire dans une société démocratique ».

cratique ». Par conséquent, l'appelant maintient que le Tribunal international n'a pas été « établi par la loi » (*Mémoire en appel de la défense*, par. 5.4).

La jurisprudence appliquant l'expression « établi par la loi » dans la Convention européenne des droits de l'homme a favorisé cette interprétation. Cette jurisprudence confirme l'opinion que la disposition pertinente vise à assurer que, dans une société démocratique, les tribunaux ne dépendent pas du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif; ils doivent plutôt être réglementés par la loi émanant du Parlement [voir *Zand c. Autriche*, App. n° 7360/76, 15 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 70, par. 80 (1979); *Piersack c. Belgique*, App. n° 8692/79, 47 Eur. Ct. H.R. (ser. B), par. 12 (1981); *Crociani, Palmiotti, Tanassi et D'Ovidio c. Italie*, App. n°s 8603/79, 8722/79 et 8729/79 (conjoint) 22 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 147, par. 219 (1981)].

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

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

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

44. Une deuxième interprétation possible est que l'expression « établi par la loi » vise la création de tribunaux internationaux par un organe qui, bien que n'étant pas un Parlement, est néanmoins doté du pou-

voir limité de prendre des décisions contraignantes. A notre avis, le Conseil de sécurité est l'un de ces organes quand, agissant au titre du Chapitre VII de la Charte, il prend des décisions contraignantes en vertu de l'Article 25 de la Charte.

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

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

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

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

gué des Philippines a noté les inconvénients d'utiliser l'expression « préétabli par la loi ».

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

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

Cette préoccupation à l'égard des tribunaux ad hoc qui opèrent de façon à ne pas assurer aux personnes traduites devant eux les garanties d'un procès équitable sous-tend également l'interprétation par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies de l'expression « établi par la loi » figurant à l'article 14, paragraphe 1, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Ledit Comité n'a pas décidé que les tribunaux « extraordinaires » ou les cours « spéciales » sont incompatibles avec la condition selon laquelle les tribunaux doivent être établis par la loi mais il a été d'avis que la disposition vise à assurer que toute juridiction, qu'elle soit « spéciale » ou non, offre véritablement à l'accusé les garanties intégrales d'un procès équitable prévues à l'article 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques [voir *Commentaires généraux sur l'article 14*, Comité des droits de l'homme, *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Supplément n° 40 (A/43/40)* [1988], par. 4; *Cariboni c. Uruguay*, Comité des droits de l'homme 159/83, *ibid.*, *trente-neuvième session, Supplément n° 40 (A/39/40)*]. Une approche identique a été adoptée par la Commission interaméricaine (voir, par exemple, *Inter-Am C.H.R.*, Rapport annuel 1972, OAS/Ser. P, AG/document 305/73/Rev.1, 14 mars 1973, p. 1; *ibid.*, 1973, OAS/Ser. P, AG/document 409/174, 5 mars 1974, p. 2-4). La pratique du Comité des droits de l'homme relative au devoir des Etats de présenter des rapports sur leurs obligations indique sa tendance à examiner attentivement les tribunaux pénaux « extraordinaires » ou « spéciaux » dans le but de s'assurer qu'ils garantissent le respect des conditions d'un procès équitable prévues à l'article 14.

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

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

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

...

NOTES

¹ Pour le texte complet des décisions en anglais, voir *International Law Reports*, vol. 105, p. 419 à 648. La version française des extraits des décisions de la Chambre de première instance et de la Chambre d'appel qui sont reproduits dans le présent *Annuaire* provient du Greffe du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

² Pour les phases antérieures de l'affaire, voir *International Law Reports*, vol. 101. Pour la décision de la Chambre de première instance dans l'affaire *Le Procureur c. Tadic (Mesures conservatoires)*, voir la même source [la décision n'est pas reproduite ici].

³ Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a été créé par la résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité. Pour le texte du Statut du Tribunal, voir S/25704.

⁴ Ces articles donnent compétence au Tribunal pour connaître des infractions qui auraient été commises dans l'ex-Yougoslavie à compter du 1^{er} janvier 1991. Les articles 2, 3 et 5 se lisent comme suit :

« Article 2

« INFRACTIONS GRAVES AUX CONVENTIONS DE GENÈVE DE 1949

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

« a) L'homicide intentionnel;

« b) La torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques;

« c) Le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé;

« d) La destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire;

« e) Le fait de contraindre un prisonnier de guerre ou un civil à servir dans les forces armées de la puissance ennemie;

« f) Le fait de priver un prisonnier de guerre ou un civil de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement;

« g) L'expulsion ou le transfert illégal d'un civil ou sa détention illégale;

« h) La prise de civils en otages.

« Article 3

« VIOLATIONS DES LOIS OU COUTUMES DE LA GUERRE

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

« a) L'emploi d'armes toxiques ou d'autres armes conçues pour causer des souffrances inutiles;

« b) La destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires;

« c) L'attaque ou le bombardement, par quelque moyen que ce soit, de villes, villages, habitations ou bâtiments non défendus;

« d) La saisie, la destruction ou l'endommagement délibéré d'édifices consacrés à la religion, à la bienfaisance et à l'enseignement, aux arts et aux sciences, à des monuments historiques, à des œuvres d'art et à des œuvres de caractère scientifique;

« e) Le pillage de biens publics ou privés.

« Article 5

« CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

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

« a) Assassinat;

« b) Extermination;

« c) Réduction en esclavage;

« d) Expulsion;

« e) Emprisonnement;

« f) Torture;

« g) Viol;

« h) Persécutions pour des raisons politiques, raciales et religieuses;

« i) Autres actes inhumains. »

Il n'a pas été formulé d'accusations sur la base de l'article 4 du Statut qui donne compétence au Tribunal pour connaître d'allégations de génocide.

⁵ *International Law Reports*, vol. 36, p. 277.

⁶ *Ibid.*, vol. 99, p. 143.

⁷ L'opinion du juge Sidhwa cite le texte de l'article 25 et celui de l'article 72, B [non reproduits ici].

⁸ *C.I.J. Recueil 1962*, p. 151, 168.

- ⁹ *C.I.J. Recueil 1971*, p. 16, 45.
¹⁰ *C.I.J. Recueil 1992*, p. 114, 176.
¹¹ *C.I.J. Recueil 1971*, p. 45, par. 89.
¹² *C.I.J. Recueil 1992*, p. 176.
¹³ *Ibid.*
¹⁴ *Ibid.*
¹⁵ *C.I.J. Recueil 1954*, p. 47, 53.
¹⁶ *Ibid.*, p. 56 à 61.
¹⁷ *Ibid.*, p. 47, 60 et 61.
¹⁸ *Ibid.*, p. 51 et 52.
¹⁹ *C.I.J. Recueil 1953*, p. 7, 119.
²⁰ *C.I.J. Recueil 1956*, p. 77, 163.
²¹ *C.I.J. Recueil 1971*, p. 16, par. 89.
²² *Ibid.*
²³ *C.I.J. Recueil 1954*, p. 56.
²⁴ *C.I.J. Recueil 1962*, p. 151 à 155.
²⁵ *C.I.J. Recueil 1954*, p. 61.