

Le Rôle du Juge Pénal International dans la Formation du Droit International Coutumier

Noora Arajärvi*

I. Introduction

L'interprétation des normes coutumières internationales dans le droit pénal international comporte un élément normatif distinctif. Par conséquent, en ce qui concerne les domaines du droit international ayant des considérations morales, comme par exemple la préservation de la vie et de la dignité humaines, l'interprétation du droit coutumier ne devrait pas nécessairement se limiter au modèle traditionnel qui repose uniquement sur la pratique des états et sur l'*opinio iuris*. Le juge pénal international joue ainsi un rôle déterminant tant dans l'évaluation de la substance que dans la définition du droit international coutumier. L'objectif principal de cette étude est donc celui d'examiner si et comment cette hypothèse trouve appuis dans la jurisprudence du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie. En outre, l'approche du TPIY en ce qui concerne la formation du droit international coutumier n'a pas toujours été constante au cours de ses opérations et sa jurisprudence donne à penser qu'il y a eu plusieurs périodes caractérisées par différentes façons d'interpréter le droit coutumier. A la lumière de ces développements dans la jurisprudence du TPIY, les changements rencontrés dans l'interprétation des coutumes et les raisons pour l'approche quelque peu arbitraire des juges sont analysés.

Une considération possible et qui ne peut être que difficilement contestée est la possibilité que la jurisprudence du TPIY dévoile une nouvelle source de droit international, créée par le juge international dès que ce dernier, dans sa prise de décision, fonderait son analyse sur la base de considérations normatives plutôt que sur une réalité positiviste.¹ Néanmoins, les considérations politiques au cours des procès internationaux pourraient dissimuler la théorie selon laquelle une nouvelle source de droit international est en train

* Doctorante à l'Institut Universitaire Européen, Florence (Italie).

¹ En ce qui concerne la prise de décisions judiciaires internationales en général, le professeur Teson a écrit que "le louable objectif [de ne pas avoir à abandonner l'illusion positiviste], toutefois, ne doit pas occulter ce qui est vraiment en train de se passer: le règlement des différends relève davantage d'un désir de résoudre les différends correctement en appliquant les règles les plus justes, équitables, ou efficaces, plutôt que d'un intérêt à trouver des modèles de comportement des états"; **F.R. TESON**, *A Philosophy of International Law*, Boulder, Westview, 1998, p. 91.

d'émerger, car les états ne souhaitent généralement pas s'aventurer au delà des frontières de la législation consensuelle. Or, si le droit jurisprudentiel résultant des tribunaux pénaux internationaux était considéré contraignant, le rôle de l'état en tant qu'acteur soumis aux principes du droit international uniquement lorsqu'il le désire en serait diminué.

D'autre part, les considérations politiques pourraient aussi être à l'origine des raisons qui ont poussé à la création d'un tribunal pénal international et à la détermination du champ de compétence qui lui est attribué. Par exemple, les procès de Nuremberg et de Tokyo ont été condamnés par la doctrine comme étant politiquement motivés et ne représentant que la justice des vainqueurs - seuls les actes commis par les citoyens de l'Allemagne nazie et du Japon ont été examinés, alors que la conduite des puissances alliées a été complètement négligée.² De la même manière, le TPIY a été critiqué pour son refus d'examiner les actions menées par des entités extérieures, telles que l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord, durant la guerre en ex-Yougoslavie.³

En 1988, Georges Abi-Saab déclara:

“Nous définissons des choses très différentes en tant que coutumes, nous maintenons le nom, tout en étendant le phénomène. Après tout, d'un point de vue strictement technique, la coutume est davantage la procédure de création de la règle que la règle elle-même. Ces procédures sont en train de changer sous nos yeux, mais nous continuons à les appeler coutumes en raison de notre reconnaissance de la coutume comme une source capable de créer des principes généraux de droit international, alors que d'autres procédures (ou sources) ne sont pas ou pas encore généralement reconnues ou acceptées comme ayant ce potentiel. [...] Nous ne parlons plus de la même source, mais nous sommes désormais en présence d'un tout nouveau type de législation”.⁴

Cette déclaration illustre bien le fait que la notion de droit international coutumier n'a pas toujours été statique avant même l'introduction de nouvelles méthodes d'interprétation des coutumes par les tribunaux pénaux internationaux depuis le milieu des années quatre-

² Pour quelques références, voir **G. CLARK**, “Yet another example of victor's justice”, *The Japan Times*, 22 July 2001; pour une discussion plus détaillée sur la nature des procès internationaux, voir **R. CHRISTENSON**, “A Political Theory of Political Trials”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1983, pp. 547-578, at p. 547.

³ Pour un commentaire critique, voir **M. MANDEL**, *How America Gets Away with Murder: Illegal Wars, Collateral Damage and Crimes against Humanity*, London, Pluto, 2004; voir aussi: **V. PESKIN**, “Beyond Victor's Justice? The Challenge of Prosecuting the Winners at the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda”, *Journal of Human Rights*, 2005, pp. 213-231, at p. 213.

⁴ Commentaire de **GEORGES ABI-SAAB** relatif à la discussion sur les sources de droit international; in **A. CASSESE and J.H.H. WEILER**, *Change and Stability in International Law-Making*, Florence, European University Institute, 1988, p. 10.

vingt-dix. Néanmoins, l'affirmation de Abi-Saab est tout à fait appropriée par rapport à la jurisprudence du TPIY, examinée plus en détail dans la deuxième partie, car la procédure de création d'une règle coutumière a en effet évolué en une forme très différente de celle auparavant décrite, par exemple, en 1971 par le professeur D'Amato. Son point de vue était que la coutume se compose d'un nombre très limité de sources dérivées de la pratique des états; en d'autres termes, d'après D'Amato, afin de pouvoir créer de nouvelles règles coutumières, seuls des actes physiques peuvent être considérés comme appartenant à la pratique des états; avec l'exigence que ces procédures soient précédées ou tout du moins accompagnées par une expression de l'*opinio iuris* de la coutume en question.⁵ Toutefois, dans certains domaines du droit, caractérisés par une pénurie ou même par un manque total de pratique d'état, il s'avère nécessaire de moderniser les méthodes d'élaboration du droit coutumier afin de mieux répondre à l'évolution des besoins et des intérêts de la société internationale. Ainsi, l'accent est mis ici sur l'appréciation de la manière dont la coutume est interprétée par les tribunaux pénaux internationaux, sur l'avenir du droit jurisprudentiel dans le domaine du droit pénal international, et sur les conséquences de la versatilité de la nature et des procédures de la coutume du droit international en général. Dans le processus de formation de règles coutumières, particulièrement en ce qui concerne le droit pénal international, le juge est devenu un personnage clé pour l'identification des éléments nécessaires à l'apparition d'une nouvelle coutume de droit international, ainsi que pour la définition et pour la détermination de son champ d'application.

Tout au long de cet article, je me concentrerai principalement sur la jurisprudence du TPIY, à l'exception de quelques rares références aux autres tribunaux internationaux, tel que le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR). Cela parce que l'interprétation du droit international coutumier a été le thème le plus récurrent dans les affaires devant du TPIY, principalement du au fait que le TPIY est obligé par son statut de n'appliquer que des lois qui "appartiennent sans le moindre doute au droit coutumier".

⁵ A. D'AMATO, *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca, Cornell University Press, 1971.

II. La genèse du droit pénal international coutumier tel qu'en témoignent les décisions judiciaires internationales

A. Sources traditionnelles du droit international coutumier et du droit pénal international

Le Statut de 1945 de la Cour internationale de Justice⁶ reproduit la liste des sources du droit international, tel que codifiée dans le Statut de la Cour Permanente de Justice en 1920,⁷ et décrit la coutume internationale comme étant la preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit. La méthode d'interprétation souvent considérée comme découlant de l'article 38 du Statut est ici définie comme étant le modèle traditionnel, composé de deux éléments, la pratique des états et *l'opinio iuris*. L'un des premiers précédents dans lequel la terminologie du modèle traditionnel a été originairement articulée est celui de *Paquete Habana*, traité par la Cour suprême des Etats-Unis en 1900.⁸ Le tribunal estima que les navires de pêche étaient exemptés de capture en tant que prix de guerre en vertu d'une règle du droit coutumier, reflétée par les provisions de traités antérieurs, par les ordres nationaux et les instructions de nombreux états, ainsi que par les travaux de plusieurs juristes et universitaires. Les deux éléments du modèle traditionnel, la pratique des états et *l'opinio iuris*, ont été mieux élaborés par les procès subséquents, en 1927 par la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Lotus*,⁹ et en 1950 par la Cour internationale de Justice (CIJ) dans l'affaire *Asylum*.¹⁰

Le modèle traditionnel a été interprété de diverses manières tant par les tribunaux que par la doctrine. Par exemple, la 'théorie de l'échelle mobile des valeurs' [*sliding scale theory*], développée par Frederic Kirgis en 1987, a introduit le concept de l'importance relative de la pratique des états et de *l'opinio iuris*. La théorie repose sur l'idée que "plus l'activité est déstabilisante ou moralement désagréable [...] plus les décideurs internationaux seront portés à substituer un élément par un autre, pourvu que la restriction proclamée ait l'air

⁶ Statut de la Cour de Justice Internationale, 16 Juin 1945.

⁷ Statut de la Cour de Justice Permanente, 16 Déc. 1920.

⁸ US Supreme Court, Affaire *Paquete Habana*, 8 Jan. 1900, 175 US, 677, p. 700.

⁹ C.I.J., Affaire *Lotus* [*France c. Turquie*], 7 Sep. 1927, 4 ILR, 153.

¹⁰ C.I.J., Affaire *Asylum* [*Colombie c. Perou*], 20 Nov. 1950; pour commentaires, voir H.W. BRIGGS, "The Columbian-Peruvian Asylum Case and Proof of Customary International Law", *American Journal of International Law*, 1951, pp. 728-731, at p. 728.

raisonnable”.¹¹ Je mentionne ici la ‘théorie de l’échelle mobile des valeurs’ en tant qu’exemple d’un type d’interprétation donné à la conception traditionnelle de la coutume comme étant une récapitulation de la pratique des états et de l’*opinio iuris*, car celle-ci contient des connotations semblables à celles qui caractérisent l’interprétation de la coutume par les tribunaux pénaux internationaux. De plus, le pouvoir discrétionnaire de déterminer ce qui se définit une “activité déstabilisante ou moralement désagréable”, et par conséquent le poids relatif accordé à la pratique et à l’*opinio iuris*, est entièrement laissée au “décideur international”, c’est-à-dire, au juge. Par exemple, en ce qui concerne les principes du droit humanitaire, le TPIY en a conclu que ces principes peuvent se concrétiser en tant que normes coutumières malgré le fait que la pratique des états soit rare ou inexistante, alors que “les exigences humanitaires ou les exigences de la conscience publique” nécessitent une telle règle coutumière.¹²

Dans l’affaire du *Plateau Continental de la Mer du Nord*,¹³ la CIJ a fondé son analyse principalement sur la pratique des états, alors que dans l’affaire *Nicaragua*,¹⁴ la pratique n’a été que superficiellement examinée puisque la Cour a donné plus de priorité aux mots qu’aux actes, soulignant ainsi l’importance de l’*opinio iuris* dans la formation de la coutume internationale. Dans ce dernier cas, la CIJ a considéré la question de la paix et de la sécurité internationales si importante, pour des raisons pratiques et morales, que la non application d’une règle coutumière interdisant l’emploi de la force et l’intervention dans les affaires intérieures d’autres états souverains risquerait non seulement de réduire l’importance du droit international, mais aussi de diminuer la confiance des citoyens envers la Cour de Justice.¹⁵

Au sein des tribunaux pénaux internationaux, des raisons semblables, telles que la paix et la sécurité, la protection des droits fondamentaux de l’homme, la préservation de la vie, et ainsi de suite, pourraient expliquer la nécessité impérieuse de s’éloigner du modèle traditionnel d’interprétation de la coutume. Dans la prochaine partie de ce document, je concentrerai mon analyse sur un nombre limité de précédents, provenant principalement du TPIY, et j’examinerai les méthodes d’interprétation de normes coutumières utilisées, ainsi que

¹¹ **F.L. KIRGIS**, “Custom on a Sliding Scale”, *American Journal of International Law*, 1987, pp. 146-151, at p. 149.

¹² **T.P.I.Y.**, *Prosecutor c. Kupreskic*, IT-95-16-T, *Jugement*, 14 Jan. 2000, § 527.

¹³ **C.I.J.**, *Affaire Plateau continental de la Mer du Nord* [RFA c. Danemark; RFA c. Pays-Bas], 20 Fév. 1969.

¹⁴ **C.I.J.**, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* [Nicaragua c. Etats-Unis], 27 Juin 1986.

¹⁵ **H.C.M. CHARLESWORTH**, “Customary International Law and the Nicaragua Case”, *Australian Yearbook of International Law*, 1984-1987, pp. 1-30, at pp. 27-29.

leur différence avec les méthodes du modèle traditionnel. Cependant, il est nécessaire de remonter d'abord un peu dans l'histoire jusqu'à l'établissement du tribunal de Nuremberg après la seconde guerre mondiale, car ce dernier a été la première instance dans laquelle des normes coutumières internationale relatives au droit pénal international ont été articulées.

B. Le tribunal militaire de Nuremberg

Le procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International de Nuremberg (TMI) a été la première occasion où le droit pénal international fut appliqué directement par un tribunal international.¹⁶ Ceci n'est toutefois pas complètement sans précédent, puisque les procédures judiciaires portant sur des crimes de guerre existent déjà depuis longtemps, tout comme les crimes de guerre et les agressions se produisent depuis bien avant le milieu du XX^{ème} siècle. Comme le dit Georg Schwarzenberger, "malheureusement, l'histoire des relations internationales précédant l'année 1939 ne se prête pas facilement à une description en tant que jardin d'Eden international, dans lequel le péché originel n'aurait pas encore été commis".¹⁷ Néanmoins, la création du tribunal de Nuremberg fut considérée à l'époque comme un point focal capable de cristalliser la responsabilité pénale individuelle pour les crimes internationaux, ainsi que la définition de la portée de ces crimes.

Avant et durant les procédures du TMI et du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient à Tokyo, les traités sur le droit pénal international étaient rares. En particulier, le concept de crime contre l'humanité n'avait toujours pas été codifié, et il n'existait à l'époque encore aucune jurisprudence invoquant la notion de crime contre l'humanité. Ainsi, il s'est avéré nécessaire de trouver d'autres sources de droit sur lesquelles le tribunal pourrait baser sa compétence. Une interprétation fut que la Charte du Tribunal militaire ne codifie que des normes préexistantes, soit en vertu de la coutume internationale que des principes généraux du droit. De la même manière, il a été proposé que les normes établies dans la Charte découlent directement du droit naturel et consistent donc en des principes moraux plus élevés qui, par conséquent, ne peuvent violer aucun principe de

¹⁶ Le TMI a été créé suite à l'**Accord relatif à la création d'une Cour militaire internationale chargée de poursuivre et de châtier les grands criminels de guerre de l'Axe européen**, et par la **Charte du Tribunal Militaire International**, 8 Août 1945, Londres, 82 UNTS, 280.

¹⁷ G. SCHWARZENBERGER, "The Judgment of Nuremberg", *Tulane Law Review*, 1947, pp. 329-361, at pp. 338-339.

légalité.¹⁸ Judith Shklar a catégoriquement rejeté la possibilité que le droit naturel ait un quelconque rôle à jouer dans le procès de Nuremberg. Elle remarque que: “l’idée d’un droit naturel n’a pu jouer aucun rôle dans le procès de Nuremberg, là où tous les efforts furent orientés vers la consolidation de la fiction du droit international positif, envisagé comme analogue, du moins dans sa structure formelle, à l’image légaliste du droit municipal dans les systèmes les plus développés”.¹⁹ La relation problématique entre l’application du droit pénal international et les principes de légalité sera plus profondément examinée dans la troisième partie de ce document.

Que l’on soit d’accord ou pas avec la remarque de Shklar, pour laquelle le droit naturel ne peut pas être à la base des compétences du tribunal, il serait utile d’examiner brièvement, avant de se tourner vers l’analyse approfondie de la manière dont le TPIY interprète la coutume, quelles sont les sources que le tribunal de Nuremberg a invoquée pour justifier l’incrimination au niveau international de certains actes, et plus précisément pour cette étude, quelles sont les sources du droit international coutumier.

C. Le statut coutumier des crimes de Nuremberg

En ce qui concerne les crimes de guerre, le tribunal de Nuremberg a clairement admis que la Convention IV de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre²⁰ est certainement une expression du droit international coutumier existant qui pourrait donc être appliqué directement dans les procédures judiciaires.²¹

Lors de l’examen des crimes contre la paix, le tribunal a jugé que l’interdiction de mener une guerre d’agression était devenue une règle coutumière, qui fut d’ailleurs codifiée en 1928 dans le Pacte de Paris (connu également sous le nom de Pacte Briand-Kellogg).²² Par la suite, une partie de la doctrine a soutenu que l’interdiction de mener une guerre d’agression a été originellement interdite par les normes du droit naturel, et que le Pacte de Paris n’a fait

¹⁸ Voir, par exemple, S. GARIBIAN (traduit du français par G.M. GOSHGARIAN), “Crimes Against Humanity and International Legality in Legal Theory after Nuremberg”, *Journal of Genocide Research*, 2007, pp. 93-111.

¹⁹ J.N. SHKLAR, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1964, p. 156.

²⁰ 1907 Convention de La Haye IV, 18 Oct. 1907, 1 Bevans 631.

²¹ T.M.I., *Jugement de Nuremberg*, 1946, Cmd. 6964, p. 64.

²² *Traité général de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale*, 27 Août 1928, 94 LNTS. 57.

qu'introduire cette interdiction dans la sphère du droit international positif, ce qui en fait un droit naturel 'positivisé'.²³ Bien que le tribunal n'a pas considéré nécessaire de définir "si et dans quelle mesure, une guerre d'agression consistait en un crime avant la ratification de l'Accord de Londres",²⁴ il a tout de même attiré l'attention sur quelques instruments faisant référence aux violations de la paix. A l'exception de la Convention IV de La Haye de 1907,²⁵ les instruments examinés n'étaient toutefois pas juridiquement contraignants et la décision de les invoquer en tant que preuve d'une règle coutumière fut plus tard critiquée, notamment par Schwarzenberger, pour ne pas avoir fourni, à l'époque, une base suffisamment solide pour ce qui est de la pratique de l'état ou, tout au moins, de l'*opinio iuris*.²⁶

Schwarzenberger souligne le fait que la pratique des états, avant et pendant la seconde guerre mondiale, va à l'encontre des conclusions du tribunal selon lesquelles l'interdiction de mener une guerre d'agression est initialement apparue au sein du droit coutumier. Plusieurs exemples, y compris l'invasion de la Mandchourie par l'Union soviétique (1929) et ensuite par le Japon (1931), l'occupation de l'Albanie par l'Italie (1939), de même que la guerre préventive entreprise par l'Union soviétique contre la Finlande (1939), confirment que plusieurs états dans les divers continents ont été engagés dans des actions identiques à celles que la cour a qualifié de crimes contre la paix.²⁷

Le TMI a relié les crimes contre l'humanité aux crimes de guerre et aux crimes d'agression et, par conséquent, les a introduit dans le domaine du droit international coutumier, en indiquant simplement, sans aucune élaboration supplémentaire, que "dans la mesure où les actes inhumains commis après le début de la guerre auquel se réfère l'acte d'accusation ne constituent pas des crimes de guerre, ils ont tous été commis dans la poursuite de, ou à l'occasion de la guerre d'agression et, par conséquent, constituent des crimes contre l'humanité".²⁸ Le TMI, probablement intentionnellement, a néanmoins négligé d'aborder la

²³ Voir, par exemple, **Q. WRIGHT**, "War Crimes under International Law", *Law Quarterly Review*, 1946, pp. 40-52; pour une discussion plus générale, voir **Q. WRIGHT**, "The Law of the Nuremberg Trial", *American Journal of International Law*, 1947, pp. 38-72.

²⁴ **T.M.I.**, *Jugement de Nuremberg*, 1946, Cmd. 6964, p. 38.

²⁵ Le jugement fait référence à: **1923 Projet de Traité d'assistance mutuelle; 1924 Protocole de Genève; 1927 Résolution de l'Assemblée de la Société des Nations**.

²⁶ **G. SCHWARZENBERGER**, "The Judgment of Nuremberg", at pp. 345-347.

²⁷ *Ibid.*, pp. 347-348.

²⁸ **T.M.I.**, *Jugement de Nuremberg*, 1946, p. 249. Dans la jurisprudence successive, il a été jugé non nécessaire d'établir un lien entre les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre ou crimes d'agression: "ceci est désormais une règle établie du droit international coutumier que les crimes contre l'humanité n'ont besoin d'aucune connexion avec les conflits armés internationaux [ou] n'importe quel autre conflit"; **T.P.I.Y.**,

question de savoir si les crimes contre l'humanité sont une nouvelle catégorie d'infractions et, par conséquent, une loi *ex post facto*.

Certaines des déclarations officielles faites par les Alliés pendant la seconde guerre mondiale pour condamner les actes des nazis ont été invoquées dans les procès de Nuremberg comme étant la preuve qu'une règle coutumière interdisant les crimes contre la paix, crimes de guerre et crimes contre l'humanité a émergé dans la pratique des états. Complémentairement à la Charte du Tribunal militaire international, comme instrument capable de confirmer et de codifier les normes préexistantes du droit international coutumier ainsi que l'interprétation du droit coutumier par le tribunal, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté deux résolutions, en 1946, pour réaffirmer les principes de droit énoncés par le tribunal de Nuremberg.²⁹ Ces résolutions ont ensuite été invoquées dans des affaires subséquentes, confirmant ultérieurement la nature coutumière du droit de Nuremberg.³⁰

Si l'on compare le droit de l'accusé de contester la légalité de la procédure en vertu du droit international coutumier dans le tribunal de Nuremberg et dans les plus récents tribunaux pénaux *ad hoc*, on remarque une nette évolution, principalement induite par l'émergence des droits de l'homme qui garantissent le droit à un procès équitable et neutre.³¹ Par exemple, à Nuremberg, conformément à l'article 3 de la Charte du Tribunal militaire international, les accusés n'ont pas le droit de contester la légalité du tribunal ou de ses juges, et cette restriction a été considérée conforme aux exigences minimales d'un procès équitable. Au contraire, dans l'affaire *Tadic* (1995), le TPIY a été contestée par l'accusé, affirmant qu'il n'avait pas été légalement établi, qu'il avait une primauté injustifiée sur la compétence de la juridiction nationale, et qu'il n'avait aucune compétence *ratione materiae*.³² En ce qui concerne l'objection de la primauté du TPIY sur les juridictions nationales, la Chambre de première instance a jugé que seul un état souverain pouvait invoquer un tel argument, alors qu'un individu, comme dans l'affaire *Tadic*, n'avait pas le droit de soulever une telle

Chambre d'appel, *Prosecutor c. Tadic*, IT-94-1-AR72, *Décision relative à la motion de défense de l'appel interlocutoire concernant le champ de compétences*, 2 Oct. 1995, § 141.

²⁹ **Résolution 3 (I) sur l'extradition et la répression des criminels de guerre**, 13 Fév. 1946; **Résolution 95 (I) sur Confirmation des principes de droit international reconnus par la Charte du Tribunal de Nuremberg**, 11 Déc. 1946.

³⁰ Par exemple, **House of Lords**, *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate et al. (Ex parte Pinochet Ugarte)*, 25 Novembre 1998, [2000] 1 AC 61; **C.E.D.H.**, *Kolk and Kislyiy c. Estonie*, 17 Jan. 2006.

³¹ Par exemple, **1950 Convention européenne des droits de l'homme**, article 6; **1966 Pacte international relatif aux droits civils et politiques**, article 14.

³² **P.T.I.Y., Chambre d'appel**, *Prosecutor c. Tadic*, IT-94-1-AR72, *Décision relative à la motion de défense de l'appel interlocutoire concernant le champ de compétences*, 2 Oct. 1995.

question.³³ La Chambre d'appel objecta au raisonnement de la Chambre de première instance. Elle affirma que le droit international s'est progressivement éloigné du centralisme d'état au profit d'une approche plus centrée sur l'individu, et que, par conséquent, un individu est parfaitement autorisé à remettre en question la primauté d'un tribunal. Cependant, la Chambre d'appel n'a pas accepté le défi en question et l'a rejeté en raison du fait que "ces infractions, si correctement démontrées, ne porteraient pas atteinte aux intérêts d'un seul état, mais pourraient choquer la conscience de l'humanité en entier".³⁴

D'autre part, le TPIY a une base de compétences beaucoup plus large que celle du tribunal de Nuremberg, en dépit de l'idée selon laquelle il doit se limiter à appliquer le droit humanitaire qui appartient sans le moindre doute au droit international coutumier, alors qu'il avait été établi lors du jugement de Nuremberg que "la liberté du Tribunal pour ce qui concerne l'application du droit international coutumier est limitée par son devoir primordial de n'appliquer que la loi de sa Charte, qu'elle soit une manifestation du droit international existant ou pas".³⁵ Ce jugement suggère le fait que dans le procès de Nuremberg, la Charte du Tribunal militaire international, au sein de laquelle certaines normes internationales coutumières ont été codifiées, était considérée comme la source exclusive de tout droit applicable, en fournissant une liste exhaustive de tout crime faisant partie de la compétence du tribunal. Inversement, le Statut du TPIY accorde au tribunal un plus grand pouvoir discrétionnaire pour déterminer le champ de sa compétence. Par exemple, l'article 3 offre une liste de crimes qui constituent définitivement une violation des lois ou des coutumes de la guerre, tout en spécifiant que les possibles violations ne sont pas limitées à cette liste. De même, l'article 5 relatif aux crimes contre l'humanité, stipule dans la dernière disposition à la suite d'une liste analogue que le tribunal a le pouvoir de poursuivre les individus également pour d' "autres actes inhumains".

³³ "La prétention que la souveraineté d'un état a été violé est une revendication que seul un état souverain peut soulever ou abandonner et un droit qui ne peut donc pas être transféré de l'état à l'accusé"; *Ibid.*, §§ 41-42.

³⁴ *Tadic*, *id.*, § 57; pour commentaires, voir **A. BIRDSALL**, "The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia: Towards a More Just Order?", *Peace Conflict & Development*, 2006, www.peacestudiesjournal.org.uk.

³⁵ **T.M.I.**, *Jugement de Nuremberg*, 1946, Cmd. 6964, p. 109.

III. Les tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* et le rôle des juges dans la formation du droit coutumier

A. L'établissement du TPIY et du TPIR et leur juridiction

Contrairement aux organes de résolution des différends précédents, tels que la Cour internationale de Justice, la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda n'a pas été fondée sur le consentement égalitaire de divers états, mais a été une décision unilatérale, une décision 'impérative' de l'organe exécutif d'une organisation internationale. La mise en place de ces tribunaux témoigne donc principalement de la volonté des états les plus puissants.

En 1993, après un certain nombre de résolutions condamnant les violations du droit international humanitaire dans le territoire de l'ex-Yougoslavie, le Conseil de sécurité a décidé par la résolution 808 d'établir un Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie pour faire face aux atrocités commises après 1991 dans ce territoire.³⁶ L'année suivante, le Conseil de sécurité a établi le Tribunal pénal international pour le Rwanda.³⁷ Les résolutions furent adoptées dans le cadre des pouvoirs conférés au Conseil de sécurité par le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies et, par conséquent, les situations furent qualifiées de menaces à la paix et la sécurité.

Pour lancer la création du TPIY par la résolution 808, le Conseil de sécurité a prié le Secrétaire général de présenter un rapport sur tous les aspects nécessaires pour l'établissement du TPIY, comme par exemple ceux relatifs à la base juridique et à la compétence. Le rapport du Secrétaire général conformément au paragraphe 2 de la Résolution du Conseil de sécurité 808 (1993) définit le Statut du TPIY³⁸ avec des explications de chaque article.³⁹ Le tribunal a compétence pour appliquer les règles du droit international humanitaire qui "appartiennent sans le moindre doute au droit coutumier, de façon à ce que le problème de l'adhésion de

³⁶ Résolution du Conseil des Nations Unies 808, 25 Mai 1993, UN Doc. S/25704.

³⁷ Résolution du Conseil des Nations Unies 955, 8 Nov. 1994, UN Doc. S/RES/955.

³⁸ Statut du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, 25 Mai 1993, UN SC Res. 827, 32 I.L.M. 1203 (1993).

³⁹ Rapport du Secrétaire général Conformément au paragraphe 2 de la Résolution du Conseil de sécurité 808, 3 Mai 1993, <http://www.un.org/icty/legaldoc-e/index.htm>.

certains états mais pas de tous à des conventions spécifiques ne se pose pas”.⁴⁰ De plus, en recourant à des normes qui appartiennent sans le moindre doute au droit international coutumier, le tribunal est nécessairement conforme au principe de *nullum crimen sine lege*, que je traiterai plus en détail dans la troisième partie de ce document.

Parmi les sources de droit applicable par le TPIY, le rapport du Secrétaire général énumère les instruments juridiques internationaux qui font également partie du droit coutumier relatif aux conflits armés: les Conventions de Genève de 1949, la Convention IV de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre (également discuté à Nuremberg) et règlements annexes, la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, et la Charte du Tribunal militaire international de 1945. Il est intéressant de noter qu’aucune allusion n’a été faite à la nature des conflits armés - internationaux ou internes- pour ce qui concerne les compétences du tribunal. Cette omission fut très probablement un acte délibéré, pour éviter de se poser la question de savoir si, et à quel moment, le conflit qui a eu lieu au sein du territoire de l’ex-Yougoslavie pouvait se caractériser en tant que conflit interne, par opposition à un conflit international, et de devoir donc déterminer précisément quand est-ce que l’existence de l’état de la Yougoslavie a pris fin et a été remplacé par six des anciennes républiques yougoslaves. Le statut des états successeurs en ce qui concerne les traités signés par leur prédécesseur n’a pas été précisé dans le droit international, mais l’opinion prédominante, avec quelques exceptions pour ce qui est des nouveaux états décolonisés, est que tous les états sont liés par les normes internationales coutumières.⁴¹ En n’appliquant que les normes qui sont entrées dans le droit international coutumier au moment où les atrocités ont eu lieu, le tribunal, une fois de plus, agirait en conformité avec le principe de *nullum crimen*. Toutefois, au sein de sa jurisprudence, le TPIY a engagé un débat sur les différences entre les normes coutumières internationales applicables aux conflits armés internes et internationaux, et a déclaré que le droit humanitaire international régit la conduite soit des conflits armés internes que de ceux internationaux. Plus précisément, en examinant l’intention du Conseil de sécurité lors de la création du Statut du TPIY et en employant des méthodes logiques et systématiques d’interprétation, le tribunal en

⁴⁰ *Ibid.*, § 34.

⁴¹ Pour des élaborations ultérieures: voir, par exemple, P. MALANCZUK, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law*, 7th ed., London, Routledge, 1997, pp. 47 (succession d’états et droit international coutumier) et 161-172 (description générale de la succession d’états en droit international).

a conclu qu'il détient compétence indépendamment de si les actes ont lieu au cours de conflits armés internes ou internationaux.⁴²

Le Tribunal pénal international pour le Rwanda a été créé par la résolution du Conseil de sécurité 955 (1994).⁴³ La Chambre d'appel du TPIR a déclaré dans l'affaire *Rutaganda* que:

“La création du Tribunal, en réponse aux allégations de crimes perpétrés au Rwanda en 1994, a soulevé la question bien trop familière pour le Tribunal de Nuremberg et le TPIY, concernant l'application rétroactive des lois en violation du principe [d'interdiction de lois ex-post facto]. En créant le TPIY, le Secrétaire général a abordé cette question en affirmant que, dans l'application du principe *nullum crimen sine lege*, le Tribunal international doit appliquer les règles du droit humanitaire international, qui appartiennent sans le moindre doute au droit coutumier. Cependant, dans le cas de ce Tribunal, c'est-à-dire le TPIR, il appartient à la Chambre de décider si oui ou non ledit principe a été respecté, et si certains individus sont sujets à responsabilité pénale individuelle pour les violations de ces instruments internationaux”.⁴⁴

Au moment où les actes considérés par le TPIR ont eu lieu, en 1994, le Rwanda était membre des Conventions de Genève,⁴⁵ et de ses deux Protocoles additionnels,⁴⁶ ainsi que de la Convention sur le génocide⁴⁷ et, par conséquent, ces instruments juridiques pouvaient être directement appliqués par les tribunaux, sans devoir d'abord prouver que les normes codifiées dans les instruments aient préalablement acquis le statut de droit international coutumier.

⁴² Par exemple, *Tadic*, *supra* note 32, § 137.

⁴³ **Statut du Tribunal pénal international pour la poursuite des personnes présumées responsables de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire du Rwanda et des citoyens rwandais présumés responsables de génocide et d'autres violations commis sur le territoire d'états voisins, entre le 1er janvier 1994 Et le 31 décembre 1994**, 8 Nov. 1994, UN SC Res. 955, 33 ILM 1598.

⁴⁴ **T.P.I.R., *Prosecutor c. Rutaganda***, ICTR-96-3, 6 Déc. 1999, § 86.

⁴⁵ **1949 Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne**, 75 UNTS, 31; **1949 Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer**, 75 UNTS, 85; **1949 Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre**, 75 UNTS, 13; **1949 Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre**, 75 UNTS, 267; toutes adoptées le 12 Août 1949.

⁴⁶ **1977 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux**; **1977 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux**, 16 ILM 1391 et 1442; adoptés tous les deux le 8 Juin 1977.

⁴⁷ **Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide**, 9 Déc. 1948, 78 UNTS, 277.

B. L'interprétation du droit international coutumier par le TPIY

La Chambre d'appel du TPIY a affirmé dans l'affaire *Tadic* (1995) que l'article 3 des Conventions de Genève de 1948 reflète le droit international coutumier.⁴⁸ En analysant la nature coutumière de l'article 3, englobant les règles de protection des civils au sein de conflits armés non internationaux, le tribunal a déclaré que trouver des preuves concrètes de pratique étatique est particulièrement difficile, car lors de conflits non internationaux les observateurs indépendants ne sont que rarement autorisés à inspecter le comportement des participants au conflit sur le champ de bataille. Au lieu, le tribunal a fait noter qu'il serait préférable de "faire principalement recours à des éléments tels que les déclarations officielles des états, les manuels militaires et les décisions judiciaires".⁴⁹ Le tribunal a ensuite donné une série de références à diverses sources en examinant les preuves de la pratique étatique et de l'*opinio iuris* pour ce qui est de la protection des civils lors des guerres civiles, à partir des déclarations faites au cours de la guerre civile espagnole. La confirmation des principes concernant la protection des civils énoncés dans les déclarations a été trouvée dans les résolutions de l'Assemblée de la Société des Nations. Curieusement, en tant que preuve ultérieure de la pratique des états en ce qui concerne la protection des civils dans les conflits non internationaux, le tribunal a fait référence à la *Proclamation de l'armée populaire de libération de la Chine* de 1961 de Mao Tse-Tung. Aussi, les conditions minimales de l'article 3 des Conventions de Genève ont été invoquées en tant que preuve de la nature coutumière de la protection des civils, comme confirmées par la CIJ dans l'affaire *Nicaragua* et exprimées par la pratique étatique successive.⁵⁰

En outre, le tribunal a déclaré dans l'affaire *Tadic* que les résultats des travaux du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) sont "un élément effectif de la pratique internationale, il s'agit d'un élément qui a visiblement contribué à l'émergence ou à la cristallisation des règles coutumières".⁵¹ Toutefois, le tribunal n'a pas examiné si les rapports ou les pratiques exercées par le CICR affectent la formation de normes coutumières en tant que telles, ou si les rapports et les fonctions ne sont pertinentes qu'à travers leur influence sur les états. Néanmoins, en faisant référence au CICR, qui est une organisation non

⁴⁸ *Tadic*, *supra* note 32, § 99.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Référence est faite au conflit de 1967 au Yémen, à la déclaration de 1964 faite par Premier Ministre du Congo au cours de la guerre civile au Congo, Code de conduite opérationnel des Forces armées nigérianes de 1967 et à la déclaration de 1988 faite par les rebelles en El Salvador; *Tadic*, *supra* note 32, §§ 105-107.

⁵¹ *Ibid.*, § 109.

gouvernementale, le tribunal a préparé le terrain pour permettre à la formation de coutumes de se matérialiser au-delà du contrôle de l'état. En outre, le tribunal a explicitement inclus la pratique internationale en tant que source de droit coutumier, et si la pratique internationale est entendue comme reflétant les actes d'organes internationaux (que l'on considère comme dotés d'une personnalité internationale), au lieu de n'être qu'une expression utilisée pour décrire le fait que de nombreux états agissent de façon semblable sur le plan international, il y a, encore une fois, une évolution au-delà de la domination de l'état dans le droit international.

Par ailleurs, deux résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies ont été citées dans l'affaire *Tadic* comme étant la manifestation des principes existants dans le droit international coutumier: *Le respect des droits de l'homme dans les conflits armés* (1968) et *Les principes de base pour la protection des populations civiles dans les conflits armés* (1970).⁵² Ces deux résolutions ont été adoptées à l'unanimité et ont servi aussi la fonction de promouvoir l'adoption des traités existants ainsi que de clarifier les principes relatifs à la protection des civils dans les conflits armés.⁵³

Dans l'affaire *Tadic* le tribunal a également évoqué les déclarations faites par des groupes d'états, que ce soit dans des contextes intergouvernementaux ou supranationaux. Par exemple, en 1990, la Communauté européenne et ses états membres ont élaboré une déclaration concernant la situation au Libéria, et en 1995, l'Union européenne a publié une déclaration sur la situation en Tchétchénie. En plus de ces déclarations reportées par la Communauté européenne et ensuite par l'Union européenne, de nombreuses résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies, à la fois générales et spécifiques à chaque pays, ont été examinés par le tribunal en tant qu'articulations des principes généraux et de normes sur la protection des civils dans les conflits armés non internationaux.⁵⁴ Le tribunal en a conclu que, bien qu'aucune de ces déclarations et résolutions ne fassent une référence explicite à l'article 3 des Conventions de Genève, elles embrassent tout de même les normes énoncées dans l'article 3 et, de surcroît, s'étendent bien au-delà de son champ d'application pour ce qui est de la protection des civils dans les conflits armés non internationaux. Ce dernier aspect est symptomatique de la volonté du tribunal de trouver des règles coutumières visant à une plus ample protection des êtres humains, et illustre le fait que l'activité du tribunal ne repose pas

⁵² Résolutions 2444 et 2675 de l'Assemblée générale des Nations Unies.

⁵³ *Tadic*, *supra* note 32, § 112.

⁵⁴ *Ibid.*, § 16.

nécessairement sur la portée des traités lorsqu'il s'agit d'établir qu'une nouvelle règle coutumière a surgit.

En ce qui concerne le Deuxième Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949,⁵⁵ applicable aux conflits de caractère non international, le tribunal a reconnu que “de nombreuses dispositions du présent Protocole peuvent désormais être considérées comme étant la manifestation de règles existantes ou comme s'étant cristallisées dans les nouvelles règles de droit coutumier ou, autrement, comme ayant fortement contribué à leur évolution en tant que principes généraux”.⁵⁶ Lors de la détermination du statut coutumier de certaines des dispositions du Deuxième Protocole additionnel, le tribunal de l'affaire *Tadic* s'est appuyé sur “les vues exprimées par un certain nombre d'états” et sur les principes énoncés dans les manuels militaires. Malheureusement, l'analyse des deux était clairsemée, avec seul quelques exemples illustrant les points de vue de certains états ou quelques textes de manuels d'instruction militaire, référence étant faite uniquement à la situation du Salvador de 1987 et au Manuel militaire allemand de 1992. Contrairement à certaines affaires du TPIY qui ont suivi l'affaire *Tadic*, le tribunal n'a pas évité d'employer le vocabulaire traditionnel relatif à la formation de la coutume, employant donc les expressions traditionnelles de “pratique de l'état” et “*opinio iuris*”.

Dans plusieurs points de l'affaire *Furundzija* (1998), la Chambre de première instance du TPIY a considéré s'il existe des règles coutumières interdisant un nombre d'infractions présumées qui donneraient lieu à une responsabilité pénale individuelle.⁵⁷ Les méthodes utilisées pour parvenir aux conclusions étaient spécifiques à chaque point analysé. En ce qui concerne la torture en tant que crime de guerre, le tribunal a déclaré que l'“interdiction générale de pratiquer la torture s'est étendue au sein du droit international coutumier”.⁵⁸ En analysant l'évolution de cette interdiction, le tribunal s'est abstenu d'aborder le débat sur la formation traditionnelle de la coutume pour laquelle la preuve de la pratique des états et l'*opinio iuris* sont des conditions fondamentales. Le tribunal s'est plutôt engagé dans l'examen de documents écrits relatifs à l'interdiction de la torture en tant que crime de guerre, en vue d'établir si les dispositions pouvaient être considérées comme faisant partie du droit coutumier. Les documents cités en tant que preuve qu'une interdiction générale de la torture

⁵⁵ **1977 Protocole additionnel II**, *supra* note 46.

⁵⁶ *Tadic*, *supra* note 32, § 117.

⁵⁷ **T.P.I.Y.**, *Prosecutor c. Furundzija*, IT-95-17/1-T, *Jugement*, 10 Déc. 1998.

⁵⁸ *Ibid.*, § 137.

existe dans le droit coutumier comprennent le Code Lieber de 1863, le Code des Conventions de la Haye de 1907, ainsi que ce qu'on appelle la clause Martens dans le préambule de la Deuxième Convention de La Haye de 1899, et de l'ordre No 10 du Conseil de contrôle allié de 1946 qui reprend la torture dans la liste des crimes contre l'humanité.

Les Conventions de Genève, par le fait qu'elles jouissent d'une ratification pratiquement universelle, ont été invoquées comme la source principale de la preuve de la nature coutumière de la torture en tant que crime de guerre.⁵⁹ Le tribunal de l'affaire *Furundzija* a également remarqué que le contenu de l'interdiction de la torture est le même au sein du droit international coutumier et au sein du droit des traités, un thème traité plus en détail dans la partie III B de ce document. Bien que le tribunal n'ait pas utilisé le vocabulaire traditionnel pour établir la coutume, il a tout de même fait recours aux pratiques et aux déclarations des états pour arriver à la conclusion qu'aucun état n'a jamais officiellement autorisé l'usage de la torture dans des conflits armés, et que face à des allégations de torture les états ont nié l'existence de telles pratiques ou les ont condamnées comme étant l'erreur d'un fonctionnaire. En agissant de cette manière, les états n'ont pas déclassé l'interdiction de la torture, mais en ont accepté l'interdiction normative, là où même la pratique réelle positive n'aurait pu l'affirmer.

En dernier point, la cour a évoqué l'affaire *Nicaragua* de la CIJ,⁶⁰ une affaire qui ne concerne pas la torture, mais la formation de la coutume en droit international en général.⁶¹ Cependant, la CIJ a déclaré que l'article 3 des Conventions de Genève, qui mentionne explicitement la torture,⁶² pouvait être désormais considéré comme droit international coutumier.⁶³

Pour établir la responsabilité pénale individuelle, une définition des éléments constitutifs du crime doit exister. Le tribunal de l'affaire *Furundzija* a commencé l'analyse de la définition des éléments de la torture en déclarant que le droit humanitaire international

⁵⁹ *Ibid.*, § 138; dans le précédent paragraphe, le tribunal a référé en passant à d'une décision de la Cour constitutionnelle de Colombie, qui a décrété que les Conventions de Genève et les Protocoles additionnels ont désormais pris part dans leur ensemble au droit coutumier.

⁶⁰ *Nicaragua*, *supra* note 14.

⁶¹ *Furundzija*, *supra* note 57, § 138.

⁶² **Conventions de Genève**, Article 3 § 1 (a).

⁶³ Pour ultérieures discussions, voir **T. MERON**, "The Geneva Conventions as Customary Law", *American Journal of International Law*, 1987, pp. 348-370.

n'offre pas une telle définition.⁶⁴ Même si la définition tirée de la Convention contre la torture⁶⁵ a été appliquée par le TPIR dans l'affaire *Akayesu*,⁶⁶ le TPIY a considéré que, à moins de montrer que la définition est désormais cristallisée au sein du droit pénal coutumier, devenant ainsi une règle coutumière qui donne lieu à une responsabilité pénale individuelle plutôt qu'une responsabilité des états comme l'impose la Convention contre la torture, le tribunal ne pourrait pas appliquer cette définition dans les affaires pénales relevant de sa juridiction. Le tribunal dans l'affaire *Furundzija* a basé son raisonnement sur une décision antérieure du TPIY relative à l'affaire *Delalic* (1998).⁶⁷ Dans la recherche d'une définition de la torture, la Chambre de première instance de l'affaire *Delalic* a discuté les divers instruments juridiques, et en relation avec la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture,⁶⁸ la Chambre a déclaré que "la définition de la torture figurant à l'article 2 (de la Convention interaméricaine), incorpore la définition qui figure dans la Convention contre la torture mais est sans doute bien plus large".⁶⁹ Toutefois, le tribunal de l'affaire *Furundzija* en se référant et en témoignant son accord avec l'affaire *Delalic* a déclaré que "la Chambre de première instance II du Tribunal pénal international a noté à juste titre lors de l'affaire *Delalic* que la définition de la torture contenue dans la Convention contre la torture de 1984 est en effet bien plus large que, et inclut, la définition prévue par la Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies de 1975 et la Convention interaméricaine de 1985".⁷⁰ D'après mon interprétation de l'affaire *Furundzija*, le tribunal n'a pas bien compris les conclusions de l'affaire *Delalic*. Comme noté auparavant, d'après l'affaire *Delalic* la définition de la Convention interaméricaine est censée être plus large que celle de la Convention contre la torture, alors que le tribunal de l'affaire *Furundzija* a renversé cette position.

En analysant si une définition de la torture a émergé dans le droit coutumier et quel pourrait bien en être le contenu, le tribunal de l'affaire *Furundzija* a estimé que la définition de la Convention contre la torture est limitée à la portée de cette Convention. Cependant, elle pourrait tout de même être considérée comme source officielle "car elle énonce tous les

⁶⁴ *Furundzija*, *supra* note 57, § 159.

⁶⁵ **Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants**, 10 Déc. 1984, U.N. Doc. A/39/51, 1465 UNTS, 85.

⁶⁶ T.P.I.R., *Prosecutor c. Akayesu*, ICTR-96-4-T, *Jugement*, 2 Sep. 1998.

⁶⁷ T.P.I.Y., *Prosecutor c. Delalic et al.*, IT-96-21-T, *Jugement*, 16 Nov. 1998.

⁶⁸ **Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture**, 9 Déc. 1985, OAS Treaty Series No 67, 25 ILM, 519.

⁶⁹ *Delalic*, *supra* note 67, § 458.

⁷⁰ *Furundzija*, *supra* note 57, § 160.

éléments nécessaires, implicites au sein des règles internationales portant sur la question”.⁷¹ Le tribunal a donc décidé que la définition pourrait être utilisée en tant que preuve de l’émergence d’une définition coutumière de la torture. Une preuve supplémentaire précisant des définitions analogues ou coïncidentes a été tirée de la Déclaration contre la torture des Nations Unies,⁷² adoptée par consensus à l’Assemblée générale. En outre, le Tribunal a souligné les définitions énoncées dans la Convention interaméricaine pour la prévention et la répression de la torture et celles articulées par le Rapporteur spécial des Nations Unies, la Cour européenne des droits de l’homme, et le Comité des droits de l’homme des Nations Unies.⁷³ Le tribunal a ensuite conclu que “la convergence de ces instruments internationaux avec la jurisprudence internationale démontre qu’il existe désormais une acceptation générale des principaux éléments contenus dans la définition figurant dans l’article 1^{er} de la Convention contre la torture”.⁷⁴

L’on pourrait dire que le tribunal de l’affaire *Furundzija* a donc eu un impact sur la méthode de formation du droit international coutumier en raison de la création de la coutume par le juge. Cependant, l’affaire *Furundzija* n’est pas un exemple sans précédent de coutume jurisprudentielle. Sans entrer dans le fond de l’affaire, lors de l’affaire *du Plateau Continental de la Mer du Nord* (1969), la CIJ a laissé entendre que la formation de la coutume ne dérive pas de faits extérieurs explicites, mais découle principalement du juge.⁷⁵ Après que la CIJ ait annoncé sa décision, Wolfgang Friedmann expliqua que dans l’affaire du *Plateau continental de la Mer du Nord*, la décision de la cour avait camouflé le principe de *ex aequo et bono*, (‘selon ce qui est juste et bon’) sous la façade de l’interprétation.⁷⁶ Ainsi, le tribunal n’a pas interprété la loi telle qu’elle était rédigée, mais de la manière qu’il a considérée comme conduisant aux résultats les plus justes pour tous les participants au différend.⁷⁷ Dans son

⁷¹ *Ibid.*

⁷² **Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants**, 9 Déc. 1975, UN GA Res. 3452, UN Doc. A/10034.

⁷³ *Furundzija*, *supra* note 57, § 160.

⁷⁴ *Ibid.*, § 161.

⁷⁵ C.I.J., *Affaire Plateau continental de la Mer du Nord*, *supra* note 13.

⁷⁶ W. FRIEDMANN, “The North Sea Continental Shelf Cases: A Critique”, *American Journal of International Law*, 1970, pp. 229-240, at p. 236.

⁷⁷ Eyal Benvenisti a présenté une théorie de la formation de la coutume basée sur l’efficacité. Il a suggéré que dans l’affaire *Gabcikovo-Nagymaros Project*, la CIJ a contourné, en ce qui concerne les questions environnementales, l’interprétation traditionnelle de normes coutumières. Benvenisti considère que “la CIJ a [...] le pouvoir d’inventer la coutume” à condition que la coutume produite soit plus efficace, qu’aucune autre entité ne soit en train de prendre des mesures pour atteindre le même objectif, et que les traités (ou la négociation de traités) entre les états aient été inefficaces, généralement en raison du caractère non réciproque des questions impliquées dans la formation de la coutume. Malgré le caractère contestable de cette interprétation, une partie de l’argument sur l’efficacité pourrait peut-être être incorporé dans la procédure d’interprétation de la coutume par

article, Friedmann a reconnu le fameux dilemme qui est toujours en discussion en ce qui concerne la jurisprudence du TPIY: le problème central des tribunaux internationaux est que “les frontières entre l’interprétation du droit existant et la production de nouvelles lois sont inévitablement fluides”.⁷⁸

L’affaire *Krstic* concernait la responsabilité pénale du général Krstic pour les actes qui ont eu lieu à Srebrenica en 1995, y compris les exécutions de masse et le transfert forcé des Musulmans de Bosnie.⁷⁹ En ce qui concerne les meurtres, l’accusé a été inculpé de génocide, ou alternativement, de complicité pour génocide. La Chambre de première instance a considéré que la définition donnée pour le crime de génocide à l’article 4 § 2 du Statut du TPIY devait être interprétée en tenant compte du droit international coutumier au moment où l’acte avait été commis. Le tribunal, une fois de plus, n’a fait recours à aucune preuve de la pratique des états et d’*opinio iuris*, mais a préféré renvoyer à cinq sources différentes découlant principalement de la sphère internationale.

Premièrement, le tribunal a déclaré que la Convention sur le génocide est nécessairement la source principale, car l’article 4 du Statut du TPIY en adopte les définitions. De plus, la Convention sur le génocide a été reconnue pour avoir codifié les normes existantes du droit international, comme cela a été affirmé dans l’avis consultatif de la CIJ relatif aux *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (1951).⁸⁰

Deuxièmement, le tribunal a examiné la jurisprudence internationale, en particulier du TPIR, en tant que source de droit coutumier. Par exemple, dans le débat sur la signification du terme “groupe” comme cible d’un génocide, le tribunal a reconnu que, dans les affaires *Akayesu* (1998) et *Kayishema et Ruzindana* (2001), le TPIR a confirmé les principes énoncés dans les instruments de droit constitutif précédents tels que la résolution 96 de l’Assemblée générale des Nations unies (1946), la déclaration du Secrétariat de l’ONU (1948), l’avis de la CIJ relatif aux *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (1951), et enfin la Commission du droit international (1996).

les tribunaux pénaux internationaux. Cependant, ceci n’a pas jusqu’à ce jour été vraiment l’objet de ma recherche, mais il s’agit d’une initiative qui devrait être gardée à l’esprit lors de l’analyse de l’interprétation des normes coutumières par les tribunaux pénaux internationaux.

⁷⁸ W. FRIEDMANN, “The North Sea Continental Shelf Cases”, p. 235.

⁷⁹ T.P.I.Y., *Prosecutor c. Krstic*, IT-98-33-T, *Jugement*, 2 Août 2001.

⁸⁰ C.I.J., *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Avis Consultatif, 28 Mai 1951.

Troisièmement, les rapports des comités internationaux, par exemple le Rapport de la Commission du droit international sur le Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, ont été déclarés pertinents pour l'interprétation de l'Article 4 du Statut du TPIY.

Quatrièmement, les travaux préparatoires et le projet de texte du Statut de Rome de la Cour pénale internationale ont été considérés comme preuve de l'état du droit international coutumier en ce qui concerne le génocide. En déterminant que le projet de texte élaboré par la Commission préparatoire de la CPI constitue une preuve de l'*opinio iuris* des états, le tribunal a démontré que le modèle traditionnel de "la pratique étatique soutenue par l'*opinio iuris*" n'a pas entièrement disparu dans le vocabulaire relatif à l'interprétation de la coutume par le TPIY.

Enfin, le tribunal a évalué "la législation et la pratique des états, en particulier leurs interprétations et décisions judiciaires".⁸¹ Par exemple, la cour a évoqué le Code pénal français et une décision de la Cour constitutionnelle allemande dans sa détermination que l'intention de détruire est un élément constitutif du crime de génocide.

Toutefois, comme dans l'affaire *Furundzija*, les concepts de la pratique des états et de l'*opinio iuris* en ce qui concerne l'interprétation traditionnelle du droit coutumier n'ont pas vraiment été articulés. Il est également surprenant, surtout si l'on considère l'approche traditionnelle de l'interprétation du droit international coutumier, que la cour n'ait fait aucune distinction entre les documents juridiquement contraignants, la pratique effective des états, et les documents de droit constitutif tels que les résolutions de l'Assemblée Générale.⁸²

⁸¹ *Krstic*, supra note 79, § 541.

⁸² Le rôle des résolutions de l'Assemblée générale en ce qui concerne la formation de la coutume n'a pas été approuvé. **AKEHURST** a déclaré que seules les résolutions qui affirment être déclaratoire du droit existant, et donc *lex lata*, peuvent être utilisés par les tribunaux comme éléments de preuve du droit coutumier; voir **M. AKEHURST**, "Custom as a Source of International Law", *British Yearbook of International Law*, 1974-1975, pp. 1-53, at p. 6. D'autre part, le juge **AMMOUN** a adopté une approche plus large dans son opinion individuelle pour l'affaire *Barcelona Traction* en déclarant que les positions prises par les représentants des états au sein des organisations internationales et des conférences, avec un accent spécial sur l'Organisation des Nations Unies, "font naturellement dans la pratique de l'état"; **C.L.J.**, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, [Belgique c. Espagne], 5 Fév. 1970, Opinion individuelle du Juge Ammoun.

Dans l'affaire *Hadzihasanovic* (2003), portant sur la définition de la responsabilité du commandement, la Chambre d'appel a renvoyé à l'interprétation traditionnelle de la coutume et a déclaré que "pour soutenir qu'un principe fasse partie du droit international coutumier, il doit être reconnu que la pratique étatique a accepté le principe sur la base de l'*opinio iuris*"⁸³ et qu'"il est du devoir d'un tribunal d'interpréter la pratique des états sous-jacente et l'*opinio iuris*".

A cet égard, il faudrait remarquer que les deux tribunaux *ad hoc* ont adopté des approches quelque peu différentes suite à l'impact du Statut de Rome en ce qui concerne leurs modes d'interprétation du droit coutumier. Le TPIY a déclaré dans l'affaire *Furundzija* que "dans de nombreux domaines, le Statut peut être considéré comme une indication de l'avis juridique, c'est-à-dire l'*opinio iuris*, d'un grand nombre d'états; [...] en fonction du problème en question, le Statut de Rome peut être vu comme réaffirmant, reflétant ou clarifiant les règles coutumières ou comme les cristallisant, alors que dans d'autres domaines, il a porté à la création de nouvelles lois ou a la modification du droit existant"⁸⁴. En revanche, pour ce qui est de la détermination des actes qui peuvent retomber dans la catégorie des crimes contre l'humanité, le TPIR a fait référence dans l'affaire *Akayesu* à la liste de l'article 7 du Statut de Rome, mais seulement après une longue délibération sur la pertinence des autres sources qui offrent également une définition de crimes contre l'humanité, comme par exemple la Charte du Tribunal militaire international (1945) et les affaires *Eichmann* (1961), *Barbie* (1988) et *Touvier* (1994).⁸⁵

Dans l'affaire *Kupreskic* (2000), concernant le nettoyage ethnique des Musulmans de Bosnie dans la vallée de la rivière Lasva, la chambre de première instance du TPIY a examiné si les attaques contre la population civile étaient absolument interdits en vertu du droit international humanitaire, et si les règles qui interdisent de tels actes faisaient désormais partie du droit international coutumier, relevant donc de la compétence du TPIY.⁸⁶ La Chambre de première instance a invoqué diverses sources comme évidence de la nature coutumière de l'interdiction.

⁸³ T.P.I.Y., **Chambre d'appel**, *Prosecutor c. Hadzihasanovic*, IT-01-47-AR72, *Décision sur l'appel interlocutoire contestant la compétence en matière de responsabilité du commandement*, 16 Jul. 2003, § 12.

⁸⁴ *Furundzija*, *supra* note 57, § 227; pour commentaires, voir R. CRYER, "International Criminal Law v. State Sovereignty: Another Round?", *European Journal of International Law*, 2005, pp. 979-1000, at p. 992.

⁸⁵ *Akayesu*, *supra* note 66, §§ 563-577.

⁸⁶ *Kupreskic*, *supra* note 12, § 521.

Tout d'abord, la Chambre a jugé que la Résolution de l'Assemblée de la Société des Nations de 1938, d'après laquelle "le bombardement intentionnel de la population civile est illégal", confirmé par la CIJ dans son avis consultatif relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, est un principe universellement reconnu.

Deuxièmement, une fois de plus, les Conventions de Genève ont été mentionnées dans le cadre du retrait des droits dont bénéficie la population civile au cas où elle en aurait abusé.

Troisièmement, après avoir suggéré que l'interdiction d'attaquer la population civile n'est pas une interdiction absolue, le tribunal a mentionné deux principes généraux: le devoir de prendre des mesures raisonnables et le principe de proportionnalité. Selon le tribunal, ces principes ont été codifiés dans le premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève, ce qui a porté à la conclusion que "de telles dispositions [...] font maintenant partie du droit international coutumier, non seulement en vertu du fait qu'elles précisent et étoffent des normes générales préexistantes, mais aussi parce qu'elles semblent n'avoir été contestés par aucun état, y compris ceux qui n'ont pas ratifié le Protocole".⁸⁷ Le tribunal poursuit en déclarant que ces principes retombent dans la catégorie des "considérations élémentaires d'humanité", et énuméra trois démarches juridiques entreprises devant la CIJ, l'affaire du *Détroit de Corfou*, l'affaire *Nicaragua* et l'avis consultatif relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, qui exposent ces considérations en tant que principes généraux du droit international. Le tribunal a donc confirmé sa jurisprudence antérieure avec le résultat que de nombreuses dispositions du premier Protocole additionnel ont enfin acquis le statut de droit international coutumier.

En ce qui concerne la Clause de Martens, que l'on a retenue comme expression du droit international coutumier en raison de l'"avis autoritaire de la CIJ", le tribunal a considéré que les "principes d'humanité" et les "exigences de la conscience publique", puisque déjà formulés dans la Convention de La Haye de 1907, ne peuvent pas être considérés comme des sources indépendantes du droit international. Il est intéressant de noter que le tribunal a tout de même considéré la question comme une dispute pertinente qui doit être attentivement articulée dans le jugement, comme pour dire que, en fonction de diverses interprétations, les

⁸⁷ *Ibid.*, § 524.

principes d'humanité et les exigences de la conscience publique auraient pu se concrétiser en tant que sources indépendantes.

L'idée plus progressive du jugement de l'affaire *Kupreskic* est peut-être la reformulation de l'approche traditionnelle au droit international coutumier basée sur la 'théorie de l'échelle mobile des valeurs' présentée par Frederick Kirgis dans un article en 1987.⁸⁸ Kirgis avait suggéré qu'il serait possible de ne pas tenir compte soit de la pratique des états soit de l'*opinio iuris* dès lors qu'il y aurait une très forte évidence de l'une ou de l'autre. Il basa cette théorie sur la notion de rationalité et sur des considérations morales: "plus l'activité est déstabilisante ou moralement désagréable [...] plus les décideurs internationaux seront portés à substituer un élément avec l'autre, pourvu que la restriction proclamée ait l'air raisonnable".⁸⁹ En ce qui concerne les attaques de représailles contre les civils, le tribunal a estimé dans l'affaire *Kupreskic* que:

"Il semblerait que le corpus de pratique étatique qui s'est récemment développé soit incapable de soutenir inconditionnellement l'idée que l'un des éléments de la coutume, à savoir l'*usus* ou la *diuturnitas*, ait pris forme. Ceci est pourtant un domaine où, à la suite de ladite clause Martens, l'*opinio iuris sive necessitates* pourrait jouer un rôle beaucoup plus important que l'*usus*. En considérant la manière dont les états et les tribunaux l'ont mise en œuvre, la Clause Martens est une parfaite illustration que les principes du droit international humanitaire peuvent resurgir par le biais d'un processus coutumier sous la pression des principes d'humanité ou des exigences de la conscience publique, même lorsque la pratique des états est limitée ou inconsistante".⁹⁰

Evidemment, le tribunal a considéré l'importance de la jurisprudence dans la formation de normes coutumières. Il a reconnu que, dans les tribunaux internationaux le principe de *stare decisis* caractéristique des pays de *common law* n'a pas application directe, bien que la Chambre de première instance du TPIY doive suivre les décisions de la Chambre d'appel. Le tribunal a également déclaré que "la jurisprudence peut constituer la preuve d'une règle coutumière dans la mesure où elle révélerait l'existence de l'*opinio iuris sive necessitates* et de la pratique internationale en ce qui concerne certaines questions, ou qu'elle révélerait l'émergence d'un principe général de droit international".⁹¹ Sans autres analyses, le tribunal a déclaré que les décisions des tribunaux internationaux ont beaucoup plus de poids

⁸⁸ F.L. KIRGIS, "Custom on a Sliding Scale", *supra* note 11.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 149.

⁹⁰ *Kupreskic*, *supra* note 12, § 527.

⁹¹ *Ibid.*, § 540.

dans la formation des règles coutumières que les décisions des tribunaux nationaux, parce que “les jugements internationaux [...] se basent tout au moins sur le même *corpus* de droit que celui appliqué par les tribunaux internationaux”.⁹²

Cette partie a illustré la richesse des sources utilisées par le TPIY pour déterminer si une nouvelle règle de droit international coutumier est effectivement apparue. A partir de la jurisprudence, l’on peut déduire une extension manifeste des différents éléments jouant un rôle dans la formation de la coutume, et l’importance du juge pour établir où ces éléments peuvent se trouver. Enfin, le juge a la tâche de reconnaître au sein des définitions de règles coutumières, des règles qui parfois n’ont pas de précédents judiciaires.

IV. Tensions conceptuelles entre l’application judiciaire et l’interprétation du droit pénal international coutumier

A. Droit pénal international coutumier et principes de légalité

Le discours académique a porté sur la question de savoir si la Charte du Tribunal militaire international a codifié, et le tribunal de Nuremberg a appliqué, le droit international coutumier préexistant ou s’ils ont plutôt créé de nouveaux principes de droit en rétrospective, comme mentionné dans la première partie de ce document, éventuellement en violation des principes de légalité. Cette partie traitera plus en détail de la relation entre l’application judiciaire des normes pénales coutumières et les principes de légalité, illustrée par la jurisprudence du TPIY, ainsi que par certaines affaires décidées par les tribunaux nationaux. Le problème de base que le juge doit affronter est celui de balancer les conséquences contradictoires résultant de l’agir conformément aux principes de légalité, d’une part, et de ne pas permettre l’impunité, d’autre part. En d’autres termes, la question se pose de savoir si les tribunaux devraient mettre en péril les principes de légalité afin d’être en mesure de présenter les coupables en justice, ou s’ils devraient respecter ces principes au détriment de la justice, ainsi que si et comment ces deux aspects devraient se balancer l’un l’autre.

Les principes de légalité se composent du principe *nullum crimen sine lege* (“aucun crime sans loi”) et du principe *nulla poena sine lege* (“aucune peine sans loi”). D’après un

⁹² *Ibid.*, § 542.

commentaire contemporain, il y a quatre éléments au principe *nullum crimen*: la notion de droit écrit, la valeur de sécurité juridique, l'interdiction d'analogie, et la non rétroactivité.⁹³ Cependant, il est intéressant de noter que, parfois, le concept des principes de légalité est utilisé pour ne désigner que le principe de *nullum crimen* (et dans certains cas, que le principe de *nulla poena*). De même, de temps en temps, le principe de *nullum crimen* n'est composé que d'un seul ou de deux de ces éléments constitutifs, le plus souvent pertinent à la non rétroactivité. Pour la raison de ces incohérences, l'analyse de la jurisprudence ou des œuvres des chercheurs n'est pas toujours sans équivoque.

Dans le procès de Nuremberg, la notion de *nullum crimen* a été incorporée dans le droit pénal international à partir de codes pénaux nationaux. Dans le droit pénal des pays de droit civil le principe de *nullum crimen*, et notamment son élément de non rétroactivité qui est censé proscrire toute lois *ex post facto*, est absolu, tandis que dans les pays de *common law*, il est dit avoir "la force d'une présomption interprétative".⁹⁴ Bien que le précédent établi par le Tribunal de Nuremberg sur la façon dont l'application des normes de la coutume pénale doit être conforme au principe de *nullum crimen* est quelque peu confus et difficilement convaincant, comme il a été décrit ci-dessus, les applications successives du précédent de Nuremberg ont renforcé sa validité, un processus correctement résumé par le professeur Bassiouni, qui énonce que "la réitération du même argument en confirme la validité".⁹⁵

Le procès d'Adolf Eichmann de 1961 en Israël, qui est dans son ensemble - heureusement- exceptionnel dans son interprétation plutôt arbitraire du droit international, est un exemple d'un tribunal refusant l'applicabilité des principes de légalité en vue de parvenir à ce qu'il voyait comme le seul possible résultat d'un point de vue moral. Essentiellement, la Cour a déclaré que les actes pour lesquels Eichmann a été accusé avaient été condamnés par le droit international coutumier "depuis des temps immémoriaux", tout en affirmant que les principes de *nullum crimen sine lege*, et de *nulla poena sine lege* ne pouvaient toujours pas être considérés comme faisant partie d'une règle coutumière.⁹⁶

⁹³ Voir S. LAMB, "Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege in International Criminal Law", in A. CASSESE, P. GAETA et J.R.W.D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. I, Oxford, Oxford University Press, 2002, Chapitre 20, p. 733.

⁹⁴ *Ibid.*, at p. 740, voir note 30.

⁹⁵ C.M. BASSIOUNI, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, pp. 145-146.

⁹⁶ Cour Suprême d'Israël, *A-G Israel c. Eichmann*, 29 Mai 1962, 36 ILR 277. Dans l'affaire successive *Schilingo* (2005) de l'Audiencia Nacional espagnole, en l'absence de règles codifiées, le tribunal s'est appuyé sur le droit international coutumier préexistant, qui criminalise certaines atrocités en tant que crimes contre

La jurisprudence du Tribunal militaire international a été invoquée et réaffirmé par exemple dans l'affaire canadienne *Regina c. Finta*, où l'accusé était un ancien général hongrois soupçonné d'avoir commis des crimes de guerre nazis et des crimes contre l'humanité. Le juge Cory a cité Kelsen en affirmant que "punir les personnes moralement responsables des crimes internationaux commis durant la Deuxième Guerre mondiale peut certainement être considéré comme étant plus important que de se conformer à la règle, plutôt relative et ouverte à de si nombreuses exceptions, qui interdit toute lois *ex post facto*".⁹⁷ Inversement, lors de l'affaire *Erdemovic* (1997) du TPIY, le juge président Cassese a déclaré dans son opinion dissidente que "toute approche politiquement orientée dans le domaine du droit pénal est contraire au principe fondamental de *nullum crime sine lege*".⁹⁸ Pourtant, en 2006, le professeur Cassese s'est rallié pour la première fois au principe de justice positive adopté par le tribunal de Nuremberg, dans lequel "tout comportement socialement nuisible ou cause de danger pour la société devraient être interdit et puni, qu'il ait été criminalisé par la loi en vigueur au moment où il a été commis ou pas".⁹⁹ Après une brève analyse contrastant le droit pénal national et international, Cassese a précisé que "la nécessité de faire en sorte que les valeurs internationales soient en défense de la dignité humaine (et des règles juridiques consacrant ces valeurs) l'emportent sur la divergence des législations nationales, et incline la balance en faveur du droit international, au détriment de l'accessibilité et de prévisibilité du droit pénal".¹⁰⁰ Ces deux déclarations dévoilent que le professeur Cassese, malgré son refus d'accepter que des considérations politiques puissent influencer l'application du droit pénal, accepte pourtant le fait que certaines considérations, comme par exemple le respect de la dignité humaine, peuvent tout de même être prises en compte lors des prises de décision et doivent même repousser les principes de légalité. Cette fluidité reflète également la problématique plus générale à laquelle le juge doit faire face lors de l'évaluation des principes de légalité en vertu du principe de *nullum crimen*, tels que la valeur de la sécurité juridique,

l'humanité. Il a été fortement soutenu que la décision a violé le principe de *nullum crimen*, en particulier en tenant compte de la structure du système juridique espagnol qui implique un strict principe de légalité. Voir, par exemple, C. TOMUSCHAT, "Issues of Universal Jurisdiction in the Scilingo Case", *Journal of International Criminal Justice*, 2005, pp. 1074-1081; A. GIL GIL, "The Flaws of the Scilingo judgment", *Journal of International Criminal Justice*, 2005, pp. 1082-1091.

⁹⁷ **Cour Suprême du Canada**, *Regina c. Finta*, 24 Mars 1994, 1 SCR 701.

⁹⁸ **P.T.I.Y., Chambre d'appel**, *Prosecutor c. Erdemovic*, IT-96-22-A, Opinion dissidente du juge Cassese, 7 Oct. 1997, § 11, 111 ILR 386.

⁹⁹ **A. CASSESE**, "Balancing the Prosecution against Crimes against Humanity and Non-Retroactive Criminal Law: The *Kolk and Kislyiy v. Estonia* Case before the ECHR", *Journal of International Criminal Justice*, 2006, pp. 410-418, at pp. 416-417.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 417.

tout en évitant que des actes moralement illicites restent impunis dans les tribunaux pénaux internationaux.

Par la suite, un ancien président du TPIY, Meron, a adopté récemment une vue plus conservatrice en ce qui concerne le respect des principes de légalité dans l'interprétation, ou la création, du droit international coutumier: "à mon avis, l'approche plus lâche et plus progressiste à l'analyse du droit international coutumier adoptée par la dissidence -une approche qui engagerait affirmativement le tribunal pénal dans le *développement* du droit coutumier, et non plus seulement dans son application- n'est pas conciliable avec le principe de légalité".¹⁰¹ On peut déduire de cette observation que le professeur Meron rejette l'idée que les juges, notamment du TPIY, jouent un rôle dans l'identification des normes coutumières. Toutefois, Meron admet qu'"une approche plus détendue à l'identification des règles coutumières pertinentes pourrait être justifiée à partir du moment où la norme en question ne porterait ni sur le champ d'application de l'interdiction pénale, ni sur la responsabilité pénale de l'accusé, et ne serait donc pas directement en rapport avec le principe de *nullum crimen*".¹⁰² Meron ne fournit cependant aucune autre justification ou analyse sur les raisons pour lesquelles la méthode d'interprétation des coutumes devrait être différente pour des questions ne portant "ni sur le champ d'application de l'interdiction pénale, ni sur la responsabilité pénale de l'accusé" que pour des questions plus substantielles. De même, il ne donne aucune explication pour ce qui en est de savoir si c'est au juge de déterminer lui-même quand est-ce qu'il serait possible de faire appel à "une approche plus libre". Il peut être intéressant de remarquer que, près de deux décennies plus tôt, bien avant d'avoir été élu comme juge au TPIY et avant qu'il y ait une quelconque indication qu'un tel tribunal aurait été créé - le professeur Meron avait écrit que "les tribunaux ont [donc] été guidé, et risquent de continuer à être guidé par le degré d'agressivité de certains actes commis contre la dignité humaine; plus l'acte est odieux, plus le tribunal va assumer qu'il viole non seulement un principe moral d'humanité, mais aussi une norme positive du droit coutumier".¹⁰³ Ainsi, il semblerait que l'expérience de Meron en tant que juge du TPIY lui a fait curieusement adopter une approche plus restrictive en ce qui concerne le rôle du juge pénal international dans le développement du droit international coutumier.

¹⁰¹ T. MERON, "Revival of Customary Humanitarian Law", *American Journal of International Law*, 2005, pp. 817-834, at p. 825.

¹⁰² *Ibid.*, p. 829.

¹⁰³ T. MERON, "The Geneva Conventions as Customary Law", *American Journal of International Law*, 1987, pp. 348-370, at p. 361.

Pour ce qui en est de l'application du droit international coutumier par le juge pénal international et du respect du principe *nullum crimen*, le problème réside dans l'imprécision de certaines des normes coutumières. Même s'il peut être démontré qu'une interdiction générale a surgit au sein du droit international coutumier, sa portée et son contenu doivent être tout de même déterminés par les juges. Par exemple, malgré la reconnaissance générale que la torture peut constituer un crime de guerre et un crime contre l'humanité, le tribunal dans l'affaire *Furundzija* (1998), examiné plus en détail dans la deuxième partie du document, avait pour tâche de déterminer, sur la base de diverses sources, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, quels sont les éléments constitutifs de la torture, et si le viol pouvait être vu comme une forme de torture et par conséquent comme un crime de guerre et un crime contre l'humanité.¹⁰⁴ De plus, la Chambre d'appel du TPIY a déclaré dans l'affaire *Delalic* (2001),¹⁰⁵ tout en se référant à l'affaire *Aleksovski* (2000),¹⁰⁶ que "le principe de *nullum crimen sine lege* n'empêche pas un tribunal d'interpréter et de préciser les éléments d'un crime particulier".¹⁰⁷ Par la suite, une approche encore plus avant-gardiste a été proposée dans l'affaire conjointe de *Milutinovic, Ojdanic et Sainovic* (2003), où la Chambre d'appel a décidé que le principe de *nullum crimen* est là pour empêcher le tribunal de créer de nouvelles lois et d'interpréter le droit existant "au-delà des limites raisonnables de clarification", mais n'exclut pas "le développement progressif du droit par le tribunal".¹⁰⁸ En ce qui concerne la dernière approche, le tribunal a trouvé support dans la jurisprudence des tribunaux nationaux ainsi que de la Cour européenne des droits de l'homme. Mohamed Shahabuddeen, un juge actuel du TPIY, a indiqué que tant que l'interprétation, voire même l'extension, des éléments du crime sont "en essence les mêmes que ceux du crime original, bien qu'ils ne correspondent pas à tous les détails de ce dernier", le tribunal ne peut pas être accusé d'avoir violé le principe de *nullum crimen*.¹⁰⁹

Il a été suggéré que la violation du principe de *nullum crimen* pourrait être justifiée par le fait que ceux qui commettent les pires atrocités ne devraient pas rester impunis, même si

¹⁰⁴ *Furundzija*, *supra* note 57, §§ 159-186.

¹⁰⁵ **T.P.I.Y., Chambre d'appel**, *Prosecutor c. Delalic*, IT-96-21-T, *Jugement*, 20 Fév. 2001.

¹⁰⁶ **T.P.I.Y., Chambre d'appel**, *Prosecutor c. Aleksovski*, IT-95-14/1-T, *Jugement*, 24 Mars 2000.

¹⁰⁷ *Delalic*, *supra* note 106, § 173.

¹⁰⁸ **T.P.I.Y., Chambre d'appel**, *Prosecutor c. Milutinovic, Sainovic and Ojdanic*, IT-99-37-AR72, *Décision sur motion de Dragoljub Ojdanic contestant le domaine de compétence*, 21 Mai 2003, §§ 37-38.

¹⁰⁹ **M. SHAHABUDEEN**, "Does the Principle of Legality Stand in the Way of Progressive Development of Law?", *Journal of International Criminal Justice*, 2004, pp. 1007-1017.

aucune règle juridique précise n'a interdit les actes au moment où ils ont été commis.¹¹⁰ Si l'on accepte que les juges puissent créer de nouvelles lois, une justification peut-être plus substantive pour l'application rétroactive des principes de la loi est que "le principe de légalité est [...] un *principe de justice* découlant de la doctrine du droit naturel".¹¹¹ Le Tribunal de Nuremberg a accepté que le principe de non rétroactivité est "en général un principe de justice", mais qu'il ne peut pas être invoqué pour protéger l'accusé en tant que tel, car en ce qui concerne les atrocités, "il serait injuste que ses tort puissent rester impunis".¹¹² A partir de cette prémisse, on pourrait déduire que les principes de légalité -ou du moins quelques uns de ces éléments- ne devraient pas être reconnus dans le but de permettre un résultat immoral ou injuste. Toutefois, contrairement à l'approche plus libérale d'application des principes de légalité approuvée par le TMI, et en moindre mesure par le TPIY, il est présumable que les juges de la CPI ne peuvent exercer qu'un pouvoir discrétionnaire marginal sur la question, en considérant que le Statut de Rome affirme sans ambiguïté que "la Cour n'a compétence qu'à l'égard des crimes commis après l'entrée en vigueur du présent Statut".¹¹³

B. L'applicabilité directe des droits de l'homme dans les procédures pénales internationales

Le fait de devoir déduire le droit pénal international capable d'engendrer une responsabilité pénale individuelle directement des traités destinés à être appliqués entre les états membres a été jugé quelque peu préoccupant, déjà dans les années quarante, à la suite du jugement de Nuremberg. En ce qui concerne les crimes contre la paix, le Tribunal de Nuremberg déclara que toute violation du Pacte de Paris de 1928,¹¹⁴ qui a créé une série d'obligations que chaque état doit respecter, était illégale, et, de plus, sans expliquer la corrélation, proclama qu'un tel acte constituerait une infraction imposant la responsabilité individuelle.¹¹⁵ Ces derniers temps, principalement dans le TPIY, les juges internationaux se sont heurtés à la question de l'incorporation directe des normes relatives aux droits de

¹¹⁰ Voir **G. ENDO**, "Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege Principle and the ICTY and ICTR", *Revue Québécoise de droit international*, 2005, pp. 205-219.

¹¹¹ **S. GARIBIAN**, "Crimes against humanity and international legality in legal theory after Nuremberg", *Journal of Genocide Research*, 2007, pp. 93-111, at p. 99.

¹¹² **T.M.I.**, *Jugement de Nuremberg*, 1946, Cmd. 6964, p. 217.

¹¹³ **Statut de Rome**, Article 11 § 1; pour discussion, voir **H-H. JESCHECK**, "The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, 2004, pp. 38-55.

¹¹⁴ **Traité général de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale**, *supra* note 22.

¹¹⁵ Pour commentaires, voir **G. SCHWARZENBERGER**, "The Judgment of Nuremberg", at pp. 346-347.

l'homme (dérivant du traité ou de la coutume) dans le droit pénal international, qui exige une responsabilité pénale individuelle.¹¹⁶ En d'autres termes, le tribunal s'est vu obligé de déterminer la manière dont les obligations des états qui présument une responsabilité d'état peuvent transférer la culpabilité envers des individus? Une justification, quoique secondaire, de l'application de normes relatives aux droits de l'homme par les tribunaux pénaux internationaux, soit directement soit en tant que preuve de l'existence de normes analogues dans le droit pénal international coutumier, pourrait être qu'une grande partie des normes relatives aux droits de l'homme dans un contexte international (en particulier lorsque l'on se réfère aux crimes soi-disant les plus graves) ont été introduites dans la législation nationale de la plupart des pays. Les législations nationales qui ont mis en œuvre les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme accordent donc une série de privilèges aux individus, que l'état n'a non seulement pas le droit de violer, mais qu'il doit aussi protéger, en veillant à ce qu'aucun individu ne viole les droits de l'homme d'un autre individu.¹¹⁷

Le problème a été ultérieurement élaboré par le TPIY. Par exemple, dans l'affaire *Furundzija* (1998), la Chambre de première instance a déclaré que, bien que la torture soit interdite en vertu du droit humanitaire, ce domaine spécifique ne fournit aucune définition de la torture en tant que crime de guerre.¹¹⁸ Le tribunal a fait référence à une affaire décidée moins d'un mois auparavant, *Delalic* (1998), dans laquelle une autre chambre de première instance avait dérivé une définition de la torture directement des droits de l'homme; ce qui, selon elle, était compatible avec les normes internationales coutumières.¹¹⁹ Plus précisément, le tribunal dans l'affaire *Delalic* était parvenu à cette définition par le biais de divers instruments relatifs aux droits de l'homme -soit juridiquement contraignant que non contraignants- soit internationaux que régionaux, comme par exemple la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Convention européenne sur les droits de l'homme, La Convention américaine relative aux droits de l'homme et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.¹²⁰ En ce qui concerne les instruments ne se concentrant que sur la torture, la Convention contre la torture, la Déclaration de l'Assemblée générale des Nations Unies sur la protection contre la torture et la Convention interaméricaine pour la prévention et

¹¹⁶ A mon avis, une explication est trop étroite est que "si un traité des droits de l'homme ou un traité de droit humanitaire comporte une disposition pénale visant à la responsabilité individuelle, alors, évidemment, ce traité va déborder sur le droit pénal international"; **C. DE THAN et E. SHORTS**, *International Criminal Law and Human Rights*, London, Sweet and Maxwell, 2003, pp. 12-13.

¹¹⁷ Voir par exemple la décision: **C.E.D.H.**, *Osman c. Royaume-Uni*, 10 Juil. 1998, 27 EHRR 249.

¹¹⁸ *Furundzija*, *supra* note 57, § 159.

¹¹⁹ *Delalic*, *supra* note 67, §§ 452-460.

¹²⁰ *Ibid.*, §§ 452-458.

la répression de la torture, le tribunal en a conclu que “la définition de torture contenue dans la Convention contre la torture comprend les définitions figurant à la fois dans la Déclaration de l’Assemblée générale et dans la Convention interaméricaine, et reflète donc un consensus que la Chambre de première instance a considéré être représentatif du droit international coutumier”.¹²¹

L’interpénétration entre les droits de l’homme et le droit pénal international, par rapport à la torture, a également été examinée dans l’affaire *Kunarac* (2001).¹²² Après avoir examiné de nouveau de nombreux instruments relatifs aux droits de l’homme et la jurisprudence de divers systèmes juridiques, le tribunal en a conclu que:

“La définition de torture contenue dans la Convention contre la torture ne peut être considérée comme la définition de torture en droit international coutumier, qui serait contraignante quel que soit le contexte dans lequel elle est appliquée. La définition de la Convention contre la torture était en effet destinée à n’être appliquée qu’à niveau interétatique et, pour cette raison, ne s’adresse qu’à des obligations d’états. [...] La définition de torture figurant à l’article 1 de la Convention contre la torture ne peut donc servir, dans le présent contexte, qu’à titre d’aide interprétative”.¹²³

En outre, la Chambre de première instance a décrété dans l’affaire *Kunarac*, en contestant l’argumentation de l’affaire *Delalic*, que “la définition de la torture dans le contexte du droit international humanitaire ne comporte pas les mêmes éléments que la définition de la torture appliquée d’une façon plus générale au nom du respect des droits de l’homme”.¹²⁴

Il est intéressant de se demander ce qui a conduit le tribunal à s’écarter des décisions antérieures dans ce cas. La principale différence des instruments relatifs aux droits de l’homme en ce qui concerne l’interprétation des éléments constitutifs de la torture était que l’implication de l’état -l’exigence que l’infraction soit effectuée par un fonctionnaire de l’état- a été perçue par le tribunal comme étant “périphérique”.¹²⁵ A partir de ces décisions, il devient donc possible de percevoir la progressive évolution vers une interprétation du droit pénal coutumier de plus en plus indépendante des droits de l’homme.¹²⁶ Ce mouvement “vers la

¹²¹ *Ibid.*, § 459.

¹²² **P.T.I.Y.**, *Prosecutor c. Kunarac*, IT-93-23-T & IT-96-23/1-T, *Jugement*, 22 Fév. 2001.

¹²³ *Ibid.*, § 482.

¹²⁴ *Ibid.*, § 496.

¹²⁵ *Ibid.*, § 493.

¹²⁶ Voir, par exemple, **S.R. RATNER**, “The Schizophrenias of International Criminal Law”, *Texas International Law Journal*, 1998, pp. 237-256.

formation d'un corpus de droit à part entière dans ce domaine"¹²⁷ illustre l'impact des décisions du juge pénal international sur l'ensemble du droit international - ici, la désintégration des droits de l'homme et du droit pénal international.

V. Conclusion

En droit pénal international, les décisions des tribunaux jouent un rôle de plus en plus important dans le processus de formation de la coutume, malgré l'opposition de certains milieux universitaires à un rôle trop actif du juge dans l'élaboration des normes internationales coutumières. Au sein des décisions judiciaires, les résolutions et les déclarations d'institutions non étatiques sont de plus en plus acceptées en tant que preuves de la pratique des états, de l'*opinio iuris*, ou même des deux, contribuant donc à la formation de la coutume. De plus, le juge criminel international a le pouvoir discrétionnaire de déterminer quelles sources vont constituer un élément de preuve de l'existence d'une règle coutumière, et par conséquent, le choix du juge peut avoir un impact considérable sur la théorie générale relative à la manière dont le droit international coutumier se forme.

Dans certains cas, le TPIY, comme dans l'affaire *Tadic* par exemple, a laissé entendre que les déclarations et même les pratiques d'organes complément indépendants de l'état, qu'il s'agisse d'organisations internationales, d'ONG ou de mouvements sécessionnistes, pourraient avoir un impact direct sur la formation du droit international coutumier. Une question se pose donc de savoir si le concept de la pratique des états comme élément fondamental de la coutume est en train de devenir obsolète, au moins dans certains domaines du droit international. En outre, l'on pourrait se demander si l'évolution du droit pénal international, et plus précisément de l'interprétation de la loi par les tribunaux pénaux internationaux, reflèterait l'apparition d'une nouvelle source d'évidence du droit international dans laquelle le rôle du juge international serait essentiel pour la détermination de la substance et de la définition d'une norme coutumière.

Il a été revendiqué que "les écrivains continentaux d'allégeance positiviste" ont refusé d'admettre que l'interprétation du droit par les juges forme et permet le développement du

¹²⁷ A. CASSESE, "International Criminal Law", in M.D. EVANS, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, Chapitre 23, at p. 724.

droit international coutumier.¹²⁸ Toutefois, il est évident que les tribunaux *ad hoc* des Nations Unies, et le TPIY en particulier, ont eu un impact considérable sur la formation de normes pénales internationales, tout comme le Tribunal de Nuremberg avait eu un demi-siècle auparavant. Le TPIY a invoqué sa propre jurisprudence comme preuve de l'émergence de nouvelles normes coutumières. Ainsi, les décisions et les avis des juges sont utilisés en tant que source de données pour ce qui en est de l'état du droit international coutumier. La reconnaissance des décisions des tribunaux internationaux concernant l'état actuel du droit international coutumier comme expression de l'*opinio iuris* pourrait donc induire la pratique des états dans la direction voulue et, par conséquent, avoir une incidence fondamentale sur la conformité des états à une nouvelle norme coutumière.

Deux questions conceptuelles, l'application des principes de légalité et l'application du droit coutumier des droits de l'homme dans les tribunaux pénaux internationaux, sont encore au milieu de discours théoriques et pratiques. Toujours en relation avec ces questions, une certaine uniformité est souhaitée et la discrétion individuelle des juges devrait donc être limitée afin d'assurer la sécurité juridique et le développement cohérent du droit pénal international. Le droit pénal international s'écarte progressivement de la tradition des droits de l'homme, comme le démontre la jurisprudence en ce qui concerne la question d'applicabilité directe du droit coutumier des droits de l'homme au sein des tribunaux de droit pénal international, là où c'est la responsabilité individuelle, et non plus la responsabilité de l'état, qui est en jeu. Les décisions du juge pénal international influencent non seulement la méthode future de formation du droit international coutumier en droit pénal international, mais aussi son interface aux droits de l'homme et la théorie relative à la formation de la coutume dans le droit public international en général.

Les sections précédentes ont montré qu'il y a une précise nécessité pour une majeure cohérence en ce qui concerne la formation de normes coutumières internationales au sein du TPIY. Différents juges et plusieurs chambres ont, au cours d'une dizaine d'années, interprété, appliqué, mais également créé des normes coutumières en utilisant des approches et des méthodologies très diverses. Pour un ultérieur développement du droit pénal coutumier, il est nécessaire de mettre en place un système commun et cohérent de formation de la coutume et de spécifier le rôle du juge à cet effet, notamment en vue d'assurer le respect des principes de

¹²⁸ R. KOLB, "Selected Problems in the Theory of Customary International Law", *Netherlands International Law Review*, 2003, pp. 119-150, at p. 128.

légalité, tel que le principe de *nullum crimen*. On pourrait s'attendre à ce que la Cour pénale internationale fournisse des techniques plus détaillées sur la question. Le droit applicable, ainsi que le Règlement de procédure et de preuve et des éléments des crimes de la CPI ont été fermement définis et adoptés par l'Assemblée des états membres, en contraste avec la situation du TPIY, où le Règlement de Procédure et de Preuve fut laissé à la détermination des premiers juges.

Je terminerai sur une citation, qui reflète le point crucial de ce document, tout en attirant l'attention sur de futures études sur la nature du droit international coutumier moderne: "le moment est venu [...] d'articuler les différents types (et éléments) du [droit international coutumier] en relation à différents sujets et domaines".¹²⁹

¹²⁹ *Ibid.*