

2m11.2629.3

Université de Montréal

**La pénalisation des infractions
au droit international humanitaire**

par

Stéphane Bourgon

Faculté de droit

**Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Maître en droit (LL.M)**

août 1997

© Stéphane Bourgon, 1997



E. P. 22. 11. 1998

AZBD
U54E
1998
V.008

Université de Montréal

La pénalisation des infractions
au droit international humanitaire

par

Stéphane Bourgon

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Maîtrise en droit (M.A.)

nov 1997

© Stéphane Bourgon, 1997



Page d'identification du jury

**Université de Montréal
Faculté des études supérieures**

Ce mémoire intitulé:

La pénalisation des infractions au droit international humanitaire

présenté par

Stéphane Bourgon

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes:

Monsieur Francis Rigaldies, président-rapporteur
Monsieur Daniel Turp, directeur de recherche
Monsieur Jacques-Yvan Morin, membre du jury

Mémoire accepté le:22 avril 1998.....

Sommaire

Le présent mémoire traite d'une des composantes de la mise en oeuvre du droit international humanitaire soit la pénalisation des infractions à ce droit. La pénalisation implique l'identification des conditions sans lesquelles la répression en tant que moyen de mise en oeuvre est impossible. Parmi ces conditions, notons l'existence de dispositions impératives du droit international humanitaire, l'existence de normes qui font qu'une violation de ses dispositions constitue une infraction entraînant la responsabilité pénale individuelle de son auteur, la définition des infractions et de leurs éléments essentiels ainsi que l'identification des conditions d'application des infractions.

Le cadre conventionnel de la pénalisation est d'abord analysé. L'étude du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg créé suite au deuxième conflit mondial permet d'entrée de jeu de démystifier les notions de crimes contre la paix, crimes de guerre et crimes contre l'humanité, en plus d'expliquer comment le Tribunal de Nuremberg a résolu la problématique soulevée par la répression internationale au moment où elle semblait impossible en raison du principe *nulla crimen sine lege*. L'étude subséquente du système des "infractions graves" prévu par le droit de Genève permet ensuite d'identifier les éléments essentiels de plusieurs crimes de guerre et surtout de comprendre l'origine d'un problème majeur concernant le champ d'application des infractions au droit humanitaire, soit la dichotomie existante entre les conflits armés internationaux et les conflits armés non internationaux.

Dans la deuxième partie, l'analyse de certaines dispositions du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie au regard de la décision rendue par ce Tribunal dans l'affaire Tadić, permet d'abord d'analyser la consolidation de la pénalisation des infractions par le biais d'un mécanisme extra-conventionnel, puis de confirmer l'existence et l'impact de normes coutumières en matière de pénalisation.

Au terme de la recherche, deux conclusions s'imposent. Premièrement, au moment

où la communauté internationale s'apprête à créer un tribunal pénal international permanent, force est de constater que toutes les normes juridiques nécessaires à la création d'un tel organe existent déjà et qu'il n'y manque que la volonté des États. Finalement, il sera important pour le tribunal à naître de tirer parti de l'expérience des tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. À ce titre, il ne fait aucun doute que le principal fait d'armes du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie dont il faudra profiter est l'élimination de la dichotomie entre les conflits armés internationaux et les conflits armés non internationaux en droit positif.

**LA PÉNALISATION DES INFRACTIONS
AU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE**

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
--------------------------	----------

PREMIÈRE PARTIE

LE CADRE CONVENTIONNEL DE LA PÉNALISATION

CHAPITRE I.	LES INFRACTIONS SELON LE STATUT DES TRIBUNAUX MILITAIRES INTERNATIONAUX DE NUREMBERG ET DE TOKYO.....	9
SECTION I.	LES CRIMES DE GUERRE.....	16
A.	Le champ d'application de l'incrimination.....	17
B.	Les infractions visées par l'incrimination.....	20
SECTION II.	LES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ.....	23
A.	Le champ d'application de l'incrimination.....	24
B.	Les infractions visées par l'incrimination.....	32
CHAPITRE II.	LES INFRACTIONS PRÉVUES PAR LES CONVENTIONS DE GENÈVE DE 1949 ET LES PROTOCOLES ADDITIONNELS DE 1977.....	35
SECTION I.	LES INFRACTIONS PRÉVUES PAR LES CONVENTIONS DE GENÈVE DE 1949.....	35
A.	Le champ d'application des infractions.....	35
B.	La portée et le contenu des infractions.....	42

SECTION II. LES INFRACTIONS PRÉVUES PAR LES PROTOCOLES ADDITIONNELS DE 1977.....	53
A. Le champ d’application des infractions.....	53
B. La portée et le contenu des infractions.....	57
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	72

DEUXIÈME PARTIE

LA CONSOLIDATION EXTRA-CONVENTIONNELLE DE LA PÉNALISATION

CHAPITRE I.	LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR L’EX-YOUGOSLAVIE ET LE CHAMP D’APPLICATION DES INFRACTIONS PRÉVUES PAR LE STATUT DU TRIBUNAL.....	74
SECTION I.	LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL.....	81
A.	La compétence <i>rationae temporis</i>	83
B.	La compétence <i>rationae loci</i>	84
SECTION II.	LE CHAMP D’APPLICATION DES INFRACTIONS PRÉVUES PAR LE STATUT DU TRIBUNAL.....	85
A.	Le champ d’application <i>rationae contexti</i>	85
B.	Le champ d’application <i>rationae personae</i>	94

CHAPITRE II.	LA PORTÉE ET LE CONTENU DES INFRACTIONS PRÉVUES PAR LE STATUT DU TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE.....	99
SECTION I.	LES INFRACTIONS GRAVES AUX CONVENTIONS DE GENÈVE DE 1949 ET LES VIOLATIONS AUX LOIS ET COUTUMES DE LA GUERRE.....	102
A.	Les infractions graves aux Conventions de Genève.....	102
B.	Les violations aux lois et coutumes de la guerre.....	106.
SECTION II.	LE GÉNOCIDE ET LES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ.....	119
A.	L'habilitation du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie à juger le crime de génocide.....	119
B.	L'habilitation du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie à juger les crimes contre l'humanité.....	126
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE.....		133
CONCLUSION.....		136
BIBLIOGRAPHIE.....		ix

LISTE DES ABRÉVIATIONS

A.D.P.I.C.	Annual Digest of Public International Law Cases
A.J.I.L.	American Journal of International Law
B.Y.I.L.	British Yearbook of International Law
C.I.C.R.	Comité international de la Croix-Rouge
C.P.J.I.	Cour permanente de justice internationale
L.R.T.W.C.	Law Reports of Trials of War Criminals
OTAN	Organisation du Traité de l'Atlantique Nord
R.B.D.I.	Revue belge de droit international
R.G.D.I.P.	Revue générale de droit international public
R.T.N.U.	Recueil des traités des Nations Unies
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

INTRODUCTION

“...Ce sont des hommes et non des entités abstraites qui commettent les crimes dont la répression s’impose comme sanction du droit international...”

Tribunal de Nuremberg¹

En avril 1996, je rencontrais dans le cadre de mes fonctions à titre de conseiller juridique de la 2^{ème} Brigade multinationale canadienne² en Bosnie Herzégovine, Milomir Sakavić, un Serbe de Bosnie.

Sakavić habite dans les collines près de Prijedor dans la Republika Srpska (RS). Prijedor, une ville située à environ 250 kilomètres au nord ouest de Sarajevo, était toujours un point chaud du conflit yougoslave lors de la signature de l’accord de Dayton³ en décembre 1995.

Sakavić a 76 ans. Bâti comme un cheval, on lui en donnerait plutôt 60. Il habite seul avec son épouse gravement malade, sur une terre “familiale” de plusieurs hectares qu’il cultive lui-même.

¹ Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International, Doc. Off., Nuremberg, 1947, p. 235.

² La 2^{ème} Brigade multinationale canadienne (2CAMNB), un nom qui porte à confusion, était une brigade d’environ 4000 hommes, sous commandement canadien mais composé d’éléments de plusieurs pays, principalement le Royaume-Uni, la République tchèque, les États-Unis et le Canada. La Brigade 2CAMNB faisait partie de la Division multinationale Sud Ouest (MND SW) sous commandement britannique. Les éléments canadiens de la 2CAMNB représentaient la contribution du Canada dans le cadre de la Force multinationale de mise en oeuvre de la paix (IFOR) mise sur pied suivant l’accord de Dayton et la Résolution 1031(1995) du Conseil de sécurité. L’IFOR était la première opération menée sous l’égide de l’OTAN.

³ Accord signé par les parties au conflit yougoslave le 14 décembre 1995 à Dayton aux États-Unis. L’Accord prévoyait entre autres, un cessez-le-feu général, la séparation des parties, la création d’une force multinationale sous le commandement de l’OTAN, le désarmement de certaines factions et une reprise des activités politiques et civiles en Bosnie Herzégovine.

Sakavić n'a aucun contact avec la population locale. Environ une fois par mois, il "descend" en ville pour aller chercher des provisions et pour vérifier si son chèque de pension de vieillesse est arrivé. Il est censé recevoir l'équivalent de \$50.00 par mois mais il n'a pas reçu un sous depuis 18 mois. De temps en temps, il écoute son "radio transistor" sur lequel il a installé une broche en guise d'antenne. Il n'y a qu'un seul poste de disponible, le réseau gouvernemental.

Au cours de la conversation, Milomir Sakavić m'a raconté que lors de la deuxième guerre mondiale, il a été fait prisonnier par les Allemands et détenu à Auschwitz, le tristement célèbre camp de concentration situé en Pologne, avant d'être transféré dans un autre camp de travail où il est demeuré pendant environ 18 mois jusqu'à la fin de la guerre. Il m'a expliqué avec détails la vie quotidienne d'un prisonnier à Auschwitz pour ensuite avouer qu'il se considérait chanceux d'avoir survécu six mois à ce régime. Les larmes aux yeux, il ajouta: "Je n'avais pas vraiment le choix, à la moindre défaillance, un prisonnier prenait le chemin de la chambre à gaz".

Questionné sur le conflit yougoslave un peu plus de 50 ans suivant ce drame, la réaction de Sakavić est étonnante. Il est au courant de qui se passe en RS mais pour le reste, le nettoyage ethnique, les meurtres de civils et autres atrocités, il en sait peu ou feint l'ignorance. Il est convaincu toutefois, que les Serbes n'ont fait que se défendre contre les musulmans qui les ont attaqués. Il ne voit pas comment les Serbes et les Musulmans pourraient un jour vivre à nouveau côte à côte. Pour lui, Radovan Karadžić⁴, toujours Président du Parti Démocratique Serbe à ce moment, est un héros...

⁴ Radovan Karadžić, anciennement président du Parti démocratique serbe de Bosnie Herzégovine a été accusé par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Le 16 novembre 1995, il était accusé de génocide, pour le meurtre de plus de 6000 musulmans à Srebrenica en juillet 1995. Il a aussi été accusé le 25 juillet 1995 en relation avec le siège de Sarajevo. Le Tribunal l'a accusé d'avoir fait interner des milliers de non-serbes dans des camps de concentration où les prisonniers ont été soumis à des conditions inhumaines et où plusieurs sont morts. De plus, il est accusé à titre de responsable du bombardement de Sarajevo ainsi que des villes bosniaques de Tuzla et Srebrenica dans le but de tuer, terroriser et démoraliser la population musulmane et croate de Bosnie. Il est aussi accusé d'avoir contribué à la campagne systématique de tirs, par des tireurs embusqués (snipers), sur des civils, à Sarajevo de même que pour la capture et l'utilisation à titre de boucliers humains, de 284 militaires responsables du maintien de la paix (peacekeepers) des Nations Unies en 1995.

C'est le syndrome la victime d'hier qui cautionne le bourreau d'aujourd'hui sans même s'en rendre compte.

Qu'est donc devenu l'idéal qui guidait les participants à la Conférence de San-Francisco de 1945 qui devait marquer un point tournant dans l'histoire des relations internationales :

“Nous, peuples des Nations Unies, résolus à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances...”⁵

Malgré les bonnes intentions des participants à la Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale et l'avènement de la Charte des Nations Unies interdisant le recours à la force entre les États⁶, il semble bien que les conflits armés soient une plaie inévitable.

De tels conflits armés étaient monnaie courante entre les première et deuxième guerres mondiales et le monde n'a toujours pas connu de situation de paix depuis 1945. Tous ces conflits ont un point en commun, soit la mort de milliers de gens suite à des actes de guerre aussi barbares les uns que les autres.

C'est ici qu'entre en scène le droit international humanitaire dont l'objectif est de régler les hostilités afin d'en atténuer la rigueur. Ce droit dont le mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge est à l'origine, tend à sauvegarder les personnes qui ne participent pas aux hostilités ainsi que les militaires hors de combat. Devant l'incapacité de la communauté internationale à éliminer le recours aux armes, le droit international humanitaire, branche du droit international public aussi connu sous l'appellation “droit des conflits armés” ou encore “droit de la guerre”, est plus que jamais une nécessité.

⁵ *Charte des Nations Unies*, (1946-1947) 1 R.T.N.U. xvi (texte original), préambule.

⁶ *Id.*, article 2(4).

Malheureusement, le droit international est violé et bafoué de façon systématique. Les exemples contemporains sont nombreux à cet égard. Le génocide des BaTutsi par les BaHutu au Rwanda en 1994 est pire que tout ce que nous avons connu jusqu'ici. Les camps de prisonniers, le nettoyage ethnique et les viols en série ont bel et bien eu lieu tout récemment en ex-Yougoslavie. Pire, il ne s'agit pas de crimes isolés mais bien de pratiques à grande échelle souvent planifiées par des chefs sans scrupule qui font fi des avertissements et qui se moquent de la communauté internationale.

Le droit de la guerre est-il la solution? Le droit international humanitaire peut-il devenir un droit à part entière qui réussira à empêcher de tels massacres lorsque des pays, des groupes, voire des individus en viennent aux prises pour faire valoir leurs droits?

À ce titre, nous posons comme hypothèse que l'effectivité du droit international humanitaire repose sur deux conditions, la connaissance du droit et son application par les parties en cause.

Le droit des conflits armés doit en effet être connu non seulement par les personnes qu'il protège, soit les blessés, les malades, les naufragés, les prisonniers de guerre, les détenus et les civils; mais davantage encore par les combattants qui sont au coeur de l'action et surtout par les personnes chargées ou responsables d'en assurer le respect. Il faut dire que depuis la naissance du mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, dont les origines remontent à la bataille de Solférino en 1859, des progrès remarquables ont été accomplis à ce chapitre. De nos jours, Le Comité International de la Croix-Rouge (CICR), l'Organisation des Nations Unies (ONU) et les forces armées de plusieurs pays sont les acteurs principaux en matière de diffusion et il s'agit là d'une préoccupation sans cesse grandissante.

C'est au niveau de l'application et de la mise en oeuvre du droit international humanitaire que le bât blesse.

Trois mécanismes ont traditionnellement été utilisés pour s'assurer du respect du droit international humanitaire: la responsabilité étatique, les représailles et la responsabilité individuelle. On entend par responsabilité étatique, un sujet qui demeure controversé aujourd'hui, la responsabilité des États pour des faits internationalement illicites⁷. C'est le mécanisme par lequel l'État qui commet une violation au droit international peut être tenu responsable de ses actions en plus d'avoir à dédommager les victimes. Pour plusieurs publicistes, dont Lady Hazel Fox, il s'agit là d'une procédure rarement utilisée et un remède inefficace pour des violations au droit international humanitaire⁸. Quant à l'utilisation de représailles en tant que mécanisme de répression, il s'agit d'un mécanisme de mise en oeuvre dont l'efficacité, la légitimité et même la légalité sont plus que jamais remis en question de nos jours⁹.

Reste donc la responsabilité individuelle.

Ce mécanisme toutefois, n'est pas sans faille, bien au contraire. Parmi les difficultés rencontrées à ce chapitre, notons l'absence d'un tribunal pénal international, l'hésitation des États à se conformer à l'obligation de respecter et faire respecter le droit international humanitaire en toutes circonstances¹⁰, par le biais de poursuites contre les auteurs de violations et finalement, le manque de précision au niveau du droit, concernant ce qui est

⁷ *Annuaire de la Commission du droit international*, 1974, vol II, Ière partie, p. 284.

⁸ FOX, LADY HAZEL, M., "Reparations and State Responsibility: Claims Against Irak Arising out of the Invasion and Occupation of Kuwait" in P. ROWE (dir.), *The Gulf War in International and English Law*, University of Liverpool, 1991, p. 261.

⁹ F. KALSHOVEN, *Belligerent Reprisals*, Leyden, A.W. Sijthoff, 1971. Voir F. HAMPSON, "Belligerent Reprisals and the 1977 Protocols to the Geneva Conventions of 1949", 37 I.C.L.Q. (1988) 818. Voir NAHLIK, S.E., "From Reprisals to Individual Responsibility", in DELISSEN, A.J.M. et G.T. TANJA (éd.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, p. 165.

¹⁰ LEVRAT, N., "Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties contractantes de faire respecter les Conventions humanitaires" in F. KALSHOVEN, Y. SANDOZ et al. (éd.), *Mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, p. 263. Voir aussi L. CONDORELLI, et L. BOISSON DE CHAZOURNES, "Quelques remarques à propos de l'obligation de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire 'en toutes circonstances', in Mélanges Jean Pictet, Genève/La Haye, 1984.

permis, ce qui ne l'est pas de même que sur les mécanismes de répression et les principes de droit pénal international applicables.

Le présent mémoire aborde ce dernier point, sous l'angle du principe *nullum crimen sine lege*¹¹. Lorsqu'un conflit survient, on ne peut ignorer qu'il y a une panoplie de règles, à la fois conventionnelles et coutumières, qui régissent la conduite des hostilités et qui déterminent ce qui peut être fait et ce qui est interdit. Par contre, il n'y a pas de code généralement reconnu, comme les codes criminels en droit interne, qui spécifient toutes les infractions qui sont des crimes de guerre et tous les principes qui leur sont applicables. Le présent mémoire sur la pénalisation des infractions au droit international humanitaire est un pas dans cette direction. À cet égard, la pénalisation des infractions implique deux choses soit la définition voire la codification des infractions au droit international humanitaire et leur champ d'application incluant les personnes et les circonstances.

Toute violation au droit international humanitaire est un crime de guerre. *Lato sensu*, les crimes de guerre comprennent également les crimes contre la paix *jus ad bellum*, et les crimes contre l'humanité, du type jugé par le Tribunal militaire international de Nuremberg suite à la deuxième guerre mondiale. Les crimes de guerre *stricto sensu* cependant, sont des violations d'une disposition d'un traité ou d'une composante du droit international coutumier régissant la façon dont les conflits armés doivent être conduits, le *jus in bello*.

Le présent mémoire comporte deux parties. La première se veut l'étude du cadre conventionnel de la pénalisation des infractions au droit international humanitaire, tandis que la deuxième traite de la consolidation récente de ces infractions et de leur champ d'application par le biais d'un mécanisme extra-conventionnel, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), créé par une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies.

¹¹ C. BASSIOUNI, *International Criminal Law: Crimes*, vol I, New-York, Transnational Publishers, 1987, p. 206. *Nullum crimen sine lege* signifie "Pas de crime sans loi".

Suite à un bref survol historique de la problématique soulevée par le besoin impérieux d'une codification des infractions au droit de la guerre, conformément au principe *nullum crimen sine lege*, la première partie portera essentiellement sur l'étude des infractions existantes en vertu de diverses conventions. Nous analyserons d'abord Le Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg¹² adopté suivant l'Accord de Londres¹³ du 8 août 1945 en raison du précédent historique qu'il constitue sur le plan de la responsabilité pénale individuelle et de la définition des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Bien que le Statut du Tribunal militaire international de Tokyo¹⁴ de même que la Loi No 10 du Conseil de contrôle allié¹⁵ en Allemagne ne sont pas de nature strictement conventionnelle, ces textes seront également abordés lorsque nécessaire, pour appuyer certains principes dit de Nuremberg. Suivra l'étude de la contribution des Conventions de Genève de 1949 ainsi que des Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève au développement de la pénalisation des infractions, ce qui clôturera la première partie.

Dans la deuxième partie, nous verrons de quelle façon les infractions au droit international humanitaire ont été consolidées et leur champ d'application précisé au moyen d'un mécanisme non-conventionnel. Un premier accusé a été jugé, trouvé coupable et condamné à une peine sévère d'emprisonnement par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Nous verrons que le processus ayant mené à cette condamnation, incluant les

¹² *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg*, (1951) 82 R.T.N.U. 279.

¹³ *Accord en vue de la poursuite et du châtement des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe*, reproduit dans P.M. Carjeu, *Projet d'une juridiction pénale internationale*, Paris, Pédone, 1953, pp. 116-117. Voir aussi SCHINDLER AND TOMAN, *The Laws of Armed Conflict - A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Genève, Martinus Nijhoff, 1988, Doc. 74, pp. 823-824.

¹⁴ *La Charte du Tribunal international militaire de Tokyo*, reproduite dans P.M. Carjeu, *id.*, pp. 124 et ss. Voir aussi *Charter of the International Military Tribunal for the Far East*, in H.S. LEVIE, *Terrorism in War - The Law of War Crimes*, Newport, Oceana Publications, 1993, Appendix XII, pp. 571-577. Le Tribunal militaire international de Tokyo a été adopté par le biais d'une proclamation spéciale du Général MacArthur en tant que Commandant Suprême des Puissances Alliées le 19 janvier 1946.

¹⁵ *Loi No 10 du Conseil de contrôle allié, Châtiment des personnes coupables de crimes de guerre, crimes contre la paix et crimes contre l'humanité*, (*Control Council Law No. 10, Punishments of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*), 20 December 1945, reproduite dans H.S. LEVIE, *id.*, Appendix XII, pp. 558-562.

motions préliminaires présentées par l'accusé de même que son appel interlocutoire concernant la juridiction du tribunal, a permis de confirmer plusieurs éléments relatifs à la pénalisation des infractions au droit international humanitaire.

Bien que le Tribunal pénal international pour le Rwanda créé récemment n'a pas encore complété un premier procès, le Statut de ce tribunal sera tout de même abordé lorsque nécessaire pour appuyer certains principes développés par le TPIY. De plus, le rôle de la coutume relatif à la pénalisation des infractions au droit international humanitaire sera également évalué à la lumière de la jurisprudence du TPIY.

Finalement, notons que le présent mémoire est à jour en date de son dépôt, le 31 août 1997. De ce fait, il est possible que des jugements ou arrêts futurs qui seront rendus par les tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda ou encore par le Tribunal pénal international permanent à naître, puissent avoir un impact sur certaines de nos conclusions. C'est d'ailleurs pourquoi les travaux présentement en cours en vue de la création d'un tel Tribunal pénal international permanent, au moyen d'une convention, n'ont pas été abordés au cours de la présente étude en dépit du fait que la première partie traite exclusivement du cadre conventionnel de la pénalisation.

PREMIÈRE PARTIE

LE CADRE CONVENTIONNEL DE LA PÉNALISATION

Au cours des 16^{ième} au 18^{ième} siècles, une série d'écrits "classiques" énonçaient ce qui était légal et ce qui ne l'était pas en temps de conflit¹⁶. Ces écrits représentaient fidèlement les pratiques généralement reconnues par les armées en Europe à un point tel qu'ils ont permis au Professeur Lieber, au début de la guerre civile américaine, de préparer un code basé sur ces pratiques acceptées. Ce code au sein duquel nous retrouvons des dispositions claires concernant la responsabilité individuelle de ceux qui commettraient des violations à certaines de ses dispositions, a été promulgué par le Président Lincoln sous le titre "Instructions pour la gouverne des armées des États-Unis en campagne" (notre traduction)¹⁷. Pour autant que les contrevenants à ces instructions étaient membres des forces armées des États-Unis, aucun problème de juridiction ne se posait puisque ces militaires demeurent en tout temps assujettis à leur droit interne¹⁸. Dans le cas toutefois d'un ennemi capturé, la juridiction doit être fondée sur l'autorité tirée du droit international, une source à laquelle le code de Lieber fait directement allusion:

There exists no law or body of authoritative rules of action between hostile armies, except the branch of the law of nature and of nations which is called the law and usages of war on land. All municipal law of the ground on which the armies stand, or of the countries to which they belong, is silent and of no effect between armies in the field.¹⁹

Le code de Lieber a été le point de départ du projet de Bruxelles, visant l'adoption par l'Institut de droit international d'une déclaration concernant les lois et coutumes de la

¹⁶ À titre d'exemple: Belli, 1563; Ayala, 1582; Gentili, 1612; Grotius, 1625.

¹⁷ *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field* promulgated as "General Orders No. 100, 1863" (Lieber Code) reproduits dans D.SCHINDLER AND J. TOMAN, *op.cit.*, note 13, Doc. 1, pp. 3-23.

¹⁸ L.C. GREEN, *Essays on the Modern Law of War*, Dobbs Ferry, New-York, Transnational Publishers, Inc., 1985, pp. 242 et ss.

¹⁹ *Supra*, note 17, art. 40 et 41.

guerre, “The Oxford Manual on the Laws of War on Land”²⁰ et de la deuxième Convention de La Haye de 1899 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, devenue plus tard la quatrième Convention de La Haye de 1907²¹. Ces instruments ne contenaient toutefois pas de dispositions prévoyant une responsabilité individuelle suite à des violations aux lois et règlements qu’ils contenaient. La seule disposition punitive qu’on y retrouve, est l’article 3 de la IVième Convention de La Haye de 1907, qui prévoit l’existence d’une sanction qui n’avait guère d’effet dissuasif en raison de son caractère d’ordre essentiellement pécuniaire lié davantage à la responsabilité étatique²².

En janvier 1919, lors de la Conférence des préliminaires de paix suite à la première guerre mondiale, la Commission des responsabilités des auteurs de la guerre et sanctions²³ voyait le jour. Le mandat confié à la Commission était d’identifier le tribunal approprié, incluant son statut et sa procédure, pour juger les crimes commis au cours de la guerre qui venait de se terminer.

Dans son rapport, la Commission faisait état de deux catégories d’actes coupables, soit d’abord “les actes qui ont provoqué la guerre et qui en ont marqué le début” et “les violations des lois et coutumes de la guerre et des lois de l’humanité”²⁴. En ce qui a trait à la première catégorie, la Commission concluait qu’ils ne pouvaient pas faire l’objet d’une

²⁰ *The Oxford Manual on the Laws of War on Land* 1880, in D. SCHINDLER et J. TOMAN, *op.cit.*, note 13, pp.35-48.

²¹ *Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land*, 1899 et *Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land*, 1907, in D. SCHINDLER et J. TOMAN, *id.*, note 13, Doc. 6 et 7, pp. 63-98.

²² G. DOUCET, *La qualification des infractions graves au droit international humanitaire* in F. KALSHOVEN, Y. SANDOZ et al. (Éd.), *Mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, p.79. Voir aussi *Convention de LaHaye du 18 octobre 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*, in M. DENTAIRE, *Recueil général des lois et coutumes de la guerre terrestre, maritime, sous-marine et aérienne, d’après les Actes élaborés par les Conférences internationales depuis 1856*, Bruxelles, Les Éditions Ferd. Wellens-Pay, 1943, p. 250.

²³ *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, Mémoire du Secrétaire général des Nations Unies, Doc ONU A/CN/4/7, Rev. 1, 27 mai 1949, p. 49.

²⁴ *Id.*, p. 51.

accusation car ces actes ne sont pas rigoureusement contraires au droit positif. Quant à la deuxième catégorie, le rapport de la Commission incluait dans cette catégorie, les crimes commis contre des civils ou des soldats de plusieurs nationalités, internés dans les camps de prisonniers ou les camps de travail et les crimes commis par des personnes en autorité dont les ordres avaient affecté la conduite des troupes envers les Armées alliées. Le rapport ne contenait toutefois pas de définition ou de liste des violations des lois et coutumes de la guerre ou encore des violations aux lois de l'humanité.²⁵

Pour diverses raisons, les recommandations de la Commission ne furent pas adoptées par la Conférence de paix de Paris et le tribunal recherché ne fut pas créé²⁶ bien que Guillaume II de Hohenzollern, ex-Empereur d'Allemagne, était formellement mis en accusation par les Puissances alliées et associées et que son procès devait avoir lieu devant un tribunal spécial pour l'occasion.²⁷ Un des reproches adressé à la Commission était le non respect du principe *nullum crimen sine lege et nulla poena sine lege*.²⁸

En février 1920, le Conseil de la Société des Nations créait le Comité consultatif des juristes, composé de dix juristes en provenance de pays différents, dont le mandat était de préparer un projet de Cour Permanente de Justice internationale en accord avec l'article 14 du *Pacte de la Société des Nations*²⁹. Au cours des travaux du Comité, la création d'une haute cour habilitée à juger des délits contre le droit des gens universels, parallèlement à la Cour Permanente de Justice internationale (CPJI) fut longuement discutée. De nouveau il fut jugé que le principe *nullum crimen sine lege et nulla poena sine lege* faisait en sorte que la

²⁵ *Id.*, p.58.

²⁶ *Id.*, annexe 3, *Traité de Versailles*, (extraits), p. 65, art. 227.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Voir C. Bassiouni, *supra.*, note 11.

²⁹ P.M. CARJEU, *op.cit.* note 13, p. 39. L'article 14 se lisait comme suit: "ART.14. - Le Conseil est chargé de préparer un projet de Cour Permanente de Justice internationale et de le soumettre aux membres de la Société. Cette Cour connaîtra de tous les différends d'un caractère international que les parties lui soumettront. Elle donnera aussi des avis consultatifs sur tout différend ou tout point, dont la saisira le Conseil ou l'Assemblée."

création d'une telle cour était prématurée, tant que ne seraient pas définis les crimes que celle-ci aurait à juger et les peines que leur commission pourrait entraîner.

L'élaboration d'un code pénal international était devenu un préalable nécessaire à la création d'une juridiction pénale internationale.³⁰ Cette lacune est d'ailleurs devenue évidente lors des procès de Leipzig, qui ont confirmé que le droit international humanitaire "écrit" était inadéquat, du moins en ce qui a trait à la protection des blessés, des malades ainsi que du personnel et des transports médicaux³¹.

Par la suite, au moins trois associations internationales de juristes se sont penchées sur la question du droit international pénal "écrit" avant que ne survienne la deuxième guerre mondiale. En 1924, la 33^{ème} Conférence de l'Association de droit international adopta un projet de statut prévoyant la création d'une chambre criminelle de la Cour Permanente de Justice internationale. Parmi les actes pouvant faire l'objet d'un recours devant cette nouvelle chambre selon l'article 21 du projet, on retrouvait:

- "b) Violations de tout traité, convention ou déclaration liant les États (...) qui règlent les méthodes et la conduite des hostilités;
- c) Violations des lois et coutumes de la guerre généralement acceptées et reconnues obligatoires par les nations civilisées³² "

Malgré le caractère non-officiel de ce projet, il revêt une importance particulière de par sa référence à d'autres instruments en tant que source normative du droit international humanitaire et sa référence directe aux lois et coutumes de la guerre généralement acceptées et reconnues obligatoires par les nations civilisées. Bien que le projet ne contient toujours pas de liste d'infractions, des moyens positifs pour identifier ces infractions sont étudiés.

³⁰ *Id.*, pp. 40 et suiv.

³¹ G. SCHWARZENBURGER, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, (vol. II), *The Law of Armed Conflict*, London, Stevens & Sons, 1968, p.144: La décision du Llandovery Castle traitait des actes commis pour faire sombrer des navires hôpitaux.

³² *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, *op. cit.*, note 23, annexe 4, p. 66, art. 21.

En 1925, la 23^{ème} Conférence d'un autre organisme, l'Union interparlementaire, adopta une résolution visant la mise sur pied d'une commission permanente dont le mandat consistait à élaborer un avant-projet de code pénal pour la répression des crimes internationaux. Une annexe de cette résolution comportait pour la première fois une liste d'une partie des actes dont le futur code devait prévoir l'incrimination.³³ En 1926 finalement, le rapport final du premier Congrès de l'Association internationale de droit pénal confirmait l'approche de l'Association de droit international en adoptant une recommandation selon laquelle la Cour Permanente de Justice internationale se voyait reconnaître une compétence en matière pénale, dans la mesure où les infractions reprochées étaient définies dans des conventions internationales³⁴.

Suivant cette recommandation, un projet de statut d'une cour criminelle internationale³⁵ fut soumis à la Société des Nations en 1927 mais il n'aboutit pas, en dépit des progrès réalisés en matière de définition des infractions. Pour diverses raisons, ce n'est qu'en 1937 que la Société des Nations se pencha à nouveau sur un projet semblable lors de la conférence diplomatique durant laquelle la "Convention pour la prévention et la répression du terrorisme" et la "Convention pour la création d'une Cour pénale internationale"³⁶ furent signées par 24 et 13 pays respectivement. Ces deux Conventions ne devaient toutefois pas obtenir le nombre de ratifications nécessaires à leur entrée en vigueur avant le début de la deuxième guerre mondiale.

³³ Cette liste avait le mérite d'être plus précise que la brève énumération contenue dans le projet de l'Association de droit international. Elle prévoyait entre autres, les violations aux lois et coutumes de la guerre, la violation des immunités diplomatiques et ce que l'on nomme aujourd'hui, les crimes contre la paix. Pour une liste exhaustive des infractions qui s'y retrouvent, voir Résolution de l'Union interparlementaire sur la criminalité de la guerre d'agression et l'organisation d'une répression internationale (1925), Union interparlementaire, compte rendu de la XXIII^{ème} Conférence, Washington, 1924, reproduite dans *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, *op.cit.*, note 23, p. 75. Voir aussi, P.M. CARJEU, *op.cit.*, note 13, pp. 58 et ss.

³⁴ *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, *op.cit.*, note 23, p.15.

³⁵ P.M. CARJEU, *op.cit.*, note 13, p.61 et ss.

³⁶ *Convention pour la prévention et la répression du terrorisme* et *Convention pour la création d'une Cour pénale internationale*, reproduites dans *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, *op.cit* note 23, pp. 18 et ss.

Le Tribunal militaire international de Nuremberg (Tribunal de Nuremberg) a vu le jour suite à la deuxième guerre mondiale lors de la signature de l'Accord de Londres le 8 août 1945.³⁷ Non seulement le Statut du Tribunal de Nuremberg³⁸ prévoyait-il le procès d'individus spécifiques, pour la première fois dans l'histoire moderne, il énonçait également les infractions en vertu desquelles ces derniers pourraient être jugés. En plus des infractions créées spécialement pour l'occasion, telles que guerre d'agression ou conspiration en vue de faire la guerre en violation d'accords ou de traités existants, la juridiction du tribunal s'étendait aux crimes de guerre: "notamment, les violations aux lois et coutumes de guerre" et aux crimes contre l'humanité.

Au cours de la même période, le Tribunal militaire international de Tokyo (Tribunal de Tokyo) voyait le jour suivant l'Acte de capitulation signé le 2 septembre 1945 au nom de l'Empereur et du Gouvernement du Japon.³⁹ L'Acte contenait une déclaration de reddition inconditionnelle de même que l'engagement du Japon de respecter et d'exécuter de bonne foi les clauses de la Déclaration de Postdam⁴⁰ qui a conduit à la création du Tribunal de Tokyo en vertu d'une proclamation spéciale du Commandant Suprême des Puissances alliées, fonction alors occupée par le général McArthur, le 19 janvier 1946. Le Statut du Tribunal de Tokyo⁴¹ contenait également des dispositions incriminant les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité.

³⁷ P.M. CARJEU. *op.cit.*, note 13, pp. 116-117.

³⁸ *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg*, *op.cit.*, note 12. pp. 279 et ss.

³⁹ Reproduit dans *Historique du problème de la juridiction criminelle internationale*, Mémoire du Secrétaire général des Nations Unies, *op.cit.*, note 23, p.49.

⁴⁰ Id., "La Déclaration de Postdam", p. 24. Cette déclaration du 26 juillet 1945 (États-Unis, Chine, Royaume-Uni, et URSS) prévoyait que les criminels de guerre japonais seraient traduits en justice. Par ailleurs, les États-Unis, le Royaume-Uni, l'URSS et la Chine avaient convenu, à la conférence de Moscou tenue en décembre 1946, d'investir le Commandant suprême de tous les pouvoirs nécessaires à l'exécution de l'Acte de capitulation du Japon.

⁴¹ *Charte du Tribunal international militaire de Tokyo (Charter of the International Military Tribunal for the Far East)*, 19 janvier 1946; telle que modifiée le 26 avril 1946., in H.S. LEVIE, *op.cit.*, note 14, pp. 571-577.

Enfin, le 20 décembre 1945, le Conseil de contrôle allié en Allemagne adoptait sa loi no 10⁴² pour punir les personnes coupables de crimes de guerre, de crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité. Cette loi a été adoptée dans le but de mettre en oeuvre les termes de l'Accord de Moscou⁴³ et de l'Accord de Londres et de sa Charte dans le but d'établir une base juridique uniforme en Allemagne, pour la poursuite de criminels de guerre et autres délinquants similaires, autres que ceux jugés par le Tribunal de Nuremberg⁴⁴.

⁴² *Loi No 10 du Conseil de contrôle allié (Control Council Law No 10)*, 20 décembre 1945, *id.*, pp. 558-562.

⁴³ Déclaration de Moscou (Moscow Declaration), 30 octobre 1943, *id.*, p.39.

⁴⁴ E. SCHWELB, *Crimes Against Humanity*, (1946), 23 BYIL 179, p. 216.

CHAPITRE I LES INFRACTIONS SELON LE STATUT DES TRIBUNAUX MILITAIRES INTERNATIONAUX DE NUREMBERG ET DE TOKYO.

SECTION I. LES CRIMES DE GUERRE

Le Statut du Tribunal de Nuremberg prévoyait à l'article 6 que le Tribunal aurait juridiction pour juger et punir les grands criminels de guerre ayant perpétré les infractions suivantes dans l'intérêt des Puissances européennes de l'Axe, à titre individuel ou au nom d'organisations:

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

On peut dire qu'il s'agit là d'une définition assez complète de la notion de crimes de guerre bien qu'elle ne soit pas limitative car l'alinéa 6(b) précise: “sans y être limitées”. Cette rédaction ouverte laissait ainsi supposer que cette liste établie en 1945 était susceptible d'être allongée et étendue à d'autres situations.

Le Statut du Tribunal de Tokyo quant à lui, définissait les crimes de guerre d'une façon beaucoup plus générale. La rédaction de l'alinéa 5(b) ne retient que l'essentiel, à savoir les violations des lois et coutumes de la guerre, sans les énumérer. On peut cependant penser que la liste établie quelques mois auparavant à Nuremberg a été reprise pour juger les actes en Extrême-Orient.⁴⁵

D'ailleurs, le Jugement du Tribunal de Tokyo cite et reproduit à titre de précédent, plusieurs extraits du jugement de Nuremberg, ce qui a pour effet selon Éric David, de

⁴⁵

S. GLASER, *Droit international pénal conventionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1970, p. 95.

confirmer et de développer “le droit de Nuremberg”.⁴⁶

A. Le champ d’application de l’incrimination

Du point de vue du droit international pénal non-conventionnel en matière de conflits armés, l’énoncé du Tribunal de Nuremberg concernant la Convention de La Haye IV est également d’une importance particulière. En effet, une des difficultés en ce qui a trait à cette convention pour les deux conflits mondiaux, est la clause de participation générale (si omnes) qu’elle contient à l’article 2:

Les dispositions contenues dans le règlement visé à l’article 1er ainsi que dans la présente Convention, ne sont applicables qu’entre les Puissances contractantes et seulement si les belligérants sont tous parties à la Convention.⁴⁷

Howard Levie explique d’ailleurs dans son livre⁴⁸ que puisque l’Italie et la Bulgarie n’étaient pas parties à la Convention, certains ont avancé que les dispositions de cette Convention ne pouvaient s’appliquer pendant la deuxième guerre mondiale. Réfutant cet argument, le Tribunal international militaire dit:

But it is argued that the Hague Convention does not apply in this case because of the “general participation” clause in Article 2 of the Hague Convention (No.IV) of 1907.***. Several of the belligerents in the recent war were not parties to this convention. In the opinion of the Tribunal it is not necessary to decide this question. The rules of land warfare expressed in the Convention undoubtedly represented an advance over existing international law at the time of their adoption. But the convention expressly stated that it was an attempt “to revise the general laws and customs of war” which it thus recognized to be then existing, but by 1939 these rules laid down in the Convention were recognized by all civilized nations, and were regarded as being declaratory of the laws and customs of war which are referred to in

⁴⁶ E. DAVID, “L’Actualité juridique de Nuremberg”, in *Le procès de Nuremberg: Conséquences et actualisation*, Colloque international de l’Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant / U.L.B., 1988, pp. 95 et suiv.

⁴⁷ *Convention de La Haye IV*, *op.cit.*, note 22, art. 2.

⁴⁸ H.S. LEVIE, *op.cit.*, note 14, ch.XI, pp.491-492.

Article 6(b) of the Charter.⁴⁹

En raison de cette conclusion du Tribunal de Nuremberg confirmant que les Conventions de La Haye de 1907 représentaient du droit international coutumier, un tel argument n'a pas été avancé souvent. Une des affaires dans laquelle l'argument a été invoqué par contre est celle du "Buchenwald Concentration Camp Case", au sujet de laquelle le réviseur dit:

Irrespective of the words of limitation contained in that article (Article 2 of the 1907 Hague Convention No. IV), Germany was burdened with like principles in conducting its war for the reason that the Convention merely gives formal expression to the practices and usages followed by civilized nations at war (citing the opinion of the International Military Tribunal)⁵⁰

Il est intéressant de noter toutefois que devant le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, le Juge Pal a émis une opinion contraire dans sa dissidence. Rappelant la clause de participation générale à l'article 2 et le fait que l'Italie et la Bulgarie n'étaient pas parties à la Convention, il concluait alors que les règles de la Convention de LaHaye de 1907 ne s'appliquaient pas à cette affaire.⁵¹ Cette prise de position est pour le moins surprenante en comparaison avec le jugement du Tribunal International de Nuremberg, sans compter que dans les faits, l'Italie et la Bulgarie n'avaient jamais été impliquées dans la guerre du Pacifique. De l'avis de Levie,⁵² le juge Pal, même s'il n'est pas d'avis que la Convention de La Haye No. IV représente du droit coutumier, aurait dû tout de même noter que tous les belligérants à la fois en Europe et dans le Pacifique étaient parties à la Convention de La Haye No. II de 1899 et ses règlements (en tous points identiques à la Convention de 1907), et que l'article 4 de la Convention de 1907 stipule:

⁴⁹ *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal international*, op.cit., note 1, p. 171.

⁵⁰ H.S. LEVIE, *op.cit.*, note 14, pp. 491-492.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Id.* p. 492, note 175 .

“...La Convention de 1899 reste en vigueur dans les rapports entre les puissances qui l’ont signée et qui ne ratifieraient pas également la présente Convention.”⁵³

L’interprétation de ce qui peut maintenant être considéré à titre de règles coutumières des conflits armés est significative pour ce qui est de la contribution à long terme du jugement de Nuremberg au développement de la mise en oeuvre potentielle du droit international pénal en relation avec le droit international humanitaire. En décembre 1946, l’Assemblée générale des Nations Unies adoptait d’ailleurs une résolution affirmant les principes de droit international reconnus par le Statut du Tribunal de Nuremberg⁵⁴ Cette résolution ne précisait pas toutefois quels étaient ces principes mais elle demandait au comité de codification du droit international établi par l’Assemblée générale le 11 décembre 1946, de les formuler dans un contexte de codification générale des infractions contre la paix et la sécurité de l’humanité ou dans celui d’un Code pénal international.

La Commission du droit international devait finalement fomuler en 1950, à la demande de l’Assemblée générale⁵⁵, les principes de droit international reconnus dans le Statut du Tribunal de Nuremberg ainsi que par le jugement du Tribunal⁵⁶

Parmi ces principes, notons les cinq premiers qui cernent bien le champ d’application des incriminations selon le Statut du Tribunal de Nuremberg, à savoir:

“PRINCIPLE I: Any person who commits an act which constitutes a crime under international law is responsible therefore and liable to punishment.
PRINCIPLE II: The fact that internal law does not impose a penalty for an act which constitutes a crime under international law does not relieve the person who committed the act from responsibility under international law.

⁵³ *Convention de La Haye* No. IV de 1907, *op.cit.*, note 22, art. 4.

⁵⁴ A.G. Rés. 95 (I), adoptée le 11 décembre 1946, “*Affirmation des principes de droit international reconnus par le Statut du Tribunal international militaire de Nuremberg*” reproduite dans D. SCHINDLER and J. TOMAN, *op.cit.*, note 13, Doc. 75, p. 833.

⁵⁵ A.G. Rés. 177 (II), paragraphe a.

⁵⁶ D. SCHINDLER and J. TOMAN, *op.cit.*, note 13, pp. 835-836.

PRINCIPLE III: The fact that a person who committed an act which constitutes a crime under international law acted as Head of State or responsible Government official does not relieve him from responsibility under international law.

PRINCIPLE IV: The fact that a person acted pursuant to order of his Government or of a superior, does not relieve him from responsibility under international law, provided a moral choice was in fact possible to him.

PRINCIPLE V: Any person charged with a crime under international law has the right to a fair trial on the facts and law.

La Commission confirmait ainsi le principe de la responsabilité individuelle en droit international, le principe de la responsabilité individuelle des agents de l'État, la caducité des défenses fondées sur la légalité d'une violation selon le droit interne et les ordres d'un supérieur de même que le droit à un procès juste et équitable pour tout accusé.

B. Les infractions visées par l'incrimination.

Les violations aux lois et coutumes de la guerre qui constituent des crimes de guerre selon l'article 6(b) du Statut du Tribunal de Nuremberg sont d'abord les infractions qui y sont mentionnées spécifiquement soit: l'assassinat⁵⁷, les mauvais traitements ou la déportation pour tout motif⁵⁸, les mauvais traitements aux prisonniers de guerre⁵⁹ ou aux personnes en mer⁶⁰, l'exécution d'otages⁶¹, le pillage des biens publics ou privés⁶², et la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation non justifiées par les exigences militaires⁶³.

⁵⁷ Voir l'homocide intentionnel, *infra*, p. 46.

⁵⁸ Voir "torture, traitements inhumains, expériences biologiques, causer intentionnellement de grandes souffrances et la déportation ou le transfert illégaux" *infra*, pp. 46-49.

⁵⁹ *Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre de 1929 (Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War of 1929)*, reproduite dans D. SCHINDLER and J. TOMAN, *op.cit.*, note 13, Doc. 39, pp. 271-298., art. 2. Voir aussi: Règlement annexé à la IVième Convention de La Haye de 1907, art. 4.

⁶⁰ *The Peleus Trial*, (1946) 1 L.R.T.W.C. 1.

⁶¹ Voir "la prise d'otages", *infra*, pp. 52-53.

⁶² *Règlement concernant les Lois et Coutumes de la guerre sur terre*, annexée à la Convention (IV) de La Haye de 1907, reproduit dans M. Deltenre, *Recueil Général des lois et coutumes de la guerre terrestre, maritime, sous-marine et aérienne d'après les actes élaborés par les Conférences internationales depuis 1856*, Bruxelles, les Éditions Ferd. Wellens-Pay, 1943, p. 250., art. 47.

⁶³ *Id.*, art. 23(g).

Tel que mentionné précédemment, l’alinéa 5(b) du Statut du Tribunal de Tokyo ne mentionne aucune violation spécifique⁶⁴ tandis que l’article II(1)(b) de la loi No 10 du Conseil de contrôle allié pour sa part, contient les mêmes infractions que l’article 6(b) du Statut du Tribunal de Nuremberg, si ce n’est que le qualificatif “Atrocities or offenses against person or property” a été ajouté⁶⁵.

Puisque l’alinéa 6(b) stipule que les violations aux lois et coutumes de la guerre ne sont pas limitées aux actes qui y sont mentionnés, on peut ajouter à cette liste les violations suivantes, à savoir: l’utilisation de poison ou d’armes à base de poison⁶⁶, tuer ou blesser par trahison des individus appartenant à la nation ou à l’armée ennemie⁶⁷, tuer ou blesser un ennemi qui, ayant mis bas les armes ou n’ayant plus les moyens de se défendre, s’est rendu à sa discrétion⁶⁸, déclarer qu’il ne sera pas fait de quartier, employer des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus⁷⁰, utiliser indûment le pavillon parlementaire, le pavillon national ou des insignes militaires et l’uniforme de l’ennemi, ainsi que des signes distinctifs de la Convention de Genève⁷¹, détruire ou saisir des propriétés ennemies, sauf les cas où ces destructions seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre⁷², déclarer éteints, suspendus ou non recevables en justice, les droits et actions des nationaux de la partie adverse⁷³, forcer les nationaux de la partie adverse à

⁶⁴ *Supra*, p.13.

⁶⁵ *Loi No 10 du Conseil de contrôle allié*, art. II(1)(b), *op.cit.*, note 15, pp. 558-562.

⁶⁶ *Règlement annexé à la IVième Convention de La Haye de 1907*, *op.cit.*, note 47, art. 23(a).

⁶⁷ *Id.*, art. 23(b).

⁶⁸ *Id.*, art. 23(c).

⁶⁹ *Id.*, art.23(d).

⁷⁰ *Id.*, art. 23(e).

⁷¹ *Id.*, art. 23(f).

⁷² *Id.*, art. 23(g).

⁷³ *Id.*, art. 23(h).

prendre part aux opérations de guerre dirigées contre leur pays⁷⁴, même dans le cas où ils auraient été mis à son service avant le commencement de la guerre, punir un espion sans d'abord le juger au cours d'un procès équitable⁷⁵, attaquer ou bombarder, par quelque moyen que ce soit, des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus⁷⁶, et violer les termes d'une armistice⁷⁷.

Selon le Professeur L.C. Green, les actes suivants constituent également des crimes de guerre en vertu du droit coutumier, à savoir: la mutilation ou le maltraitement de cadavres⁷⁸, la collection de trophées de guerre⁷⁹, l'utilisation d'un édifice protégé à des fins non-autorisées⁸⁰, l'attaque de bâtiments protégés, l'attaque d'un navire hospital ou d'un aéronef médical, tirer sur des naufragés⁸¹, la participation aux hostilités par des non-combattants, et l'utilisation de gaz asphyxiants ou empoisonnés⁸². Le Professeur Green précise que cette liste n'est pas exhaustive⁸³.

Deux remarques s'imposent concernant cette liste de violations. Tout d'abord, chacune de ces infractions sera confirmée ultérieurement au sein de diverses conventions.

⁷⁴ *Id.*, art. 23.

⁷⁵ *Id.*, art. 30.

⁷⁶ *Id.*, art. 25.

⁷⁷ *Id.*, art. 41.

⁷⁸ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux* (1978), Doc ONU ST/HR/1/Rev.5, 1994, p. 886, art. 34(1).

⁷⁹ *Voir a contrario, Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre* (1950) Doc ONU ST/HR/1/ Rev.5, 1994, p. 749., art. 19.

⁸⁰ Les hopitaux, églises, écoles et autres installations civiles, de même que les objets culturels perdent leur protection s'ils sont utilisés comme lieux de repos pour les forces armées, ou pour abriter des tireurs embusqués (snipers).

⁸¹ *The Péleus Trial*, 1946 L.R.T.W.C., 1.

⁸² *Protocole concernant la prohibition d'emploi, à la guerre, de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, Genève, 17 juin 1925*, reproduit dans M. Deltenre, *op.cit.*, note 62, pp. 442-452.

⁸³ L.C. GREEN, *op.cit.*, note 18, p. 191.

De plus, bien que l'énumération ci-haut contienne à la fois des infractions concernant la protection des victimes de la guerre et des infractions traitant de la conduite des hostilités, force est de constater selon Éric David, que le Tribunal de Nuremberg n'a pas réprimé toutes les violations au lois et aux coutumes de la guerre commises entre 1939 et 1945⁸⁴. La répression s'est limitée aux infractions commises à l'égard de personnes au pouvoir de l'ennemi, telles que: mauvais traitements et meurtres de prisonniers de guerre, de blessés, de malades, de civils en territoire occupé, déportation de populations, assassinats, prises d'otages, etc. La même constatation s'applique pour le Tribunal de Tokyo de même que pour les autres tribunaux alliés. Les infractions du champ de bataille par contre, du genre bombardements de civils, n'ont pas été réprimées. Le Professeur David affirme d'ailleurs à ce sujet:

“De fait, on comprend aisément que les Alliés qui portaient la responsabilité des bombardements de Dresde, Berlin, Cologne, Tokyo, Hiroshima, Nagasaki, etc. aient éprouvé quelques scrupules à poursuivre pénalement les dirigeants nazis pour les bombardements de Londres, Coventry, Rotterdam, Anvers, Varsovie, etc.”⁸⁵

SECTION II LES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

La notion de crimes contre l'humanité est apparue officiellement pour la première fois à l'alinéa 6(c) du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg⁸⁶ qui se lit comme suit:

“(c) LES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ: c'est à dire l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime”

⁸⁴ E. DAVID, *loc.cit.*, note 46, p. 97.

⁸⁵ E. DAVID, *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. .584.

⁸⁶ *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, op. cit.*, note 12, art. 6 (c).

Peu après, des dispositions similaires étaient incluses dans le Statut du Tribunal de Tokyo⁸⁷ de même que dans la loi no 10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne.⁸⁸

D'entrée de jeu, l'alinéa 6(c) du Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg a capté l'attention et travaillé l'imagination des juristes internationaux. Certains ont parlé de révolution du droit international pénal alors que d'autres l'ont décrit comme une innovation incompatible avec le droit international⁸⁹.

A. Le champ d'application de l'incrimination.

Trois éléments à même la rédaction de l'alinéa 6(c) du Statut du Tribunal méritent une attention particulière. Ces éléments traitent de la période au cours de laquelle un crime contre l'humanité peut être commis (avant ou après la guerre), l'identité des victimes potentielles de ces crimes (contre toutes les populations civiles) et finalement l'impact du caractère légal ou non de la violation selon le droit interne du lieu où ces crimes sont commis (qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés). La première impression laissée par ces éléments a suscité de nombreux débats auprès des juristes de l'époque. Si comme l'alinéa 6(c) le laissait croire, un ensemble d'États pouvait désormais justifier un intérêt à intervenir judiciairement contre des crimes commis contre toutes populations, avant ou pendant la guerre sans égard au fait que ces violations soient incriminées ou non dans le droit interne du pays où elles sont commises, alors certainement, une brèche significative était apparue dans le domaine de la juridiction domestique des États souverains.

⁸⁷ *Supra*, note 14.

⁸⁸ *Supra*, note 15.

⁸⁹ Voir E. SCHWELB, *loc. cit.*, note 44, p. 178, où il est question entre autres de l'article d' Albert de la Pradelle intitulé "Une Révolution dans le Droit Pénal International" paru dans la *Nouvelle revue de droit international privé*.

“Avant ou après la guerre.”

À première vue, le fait qu’un crime contre l’humanité puisse avoir été commis avant ou après la guerre, semble indiquer que le droit international contient des infractions pénales entraînant la responsabilité individuelle de leurs auteurs, non seulement en temps de guerre mais aussi en temps de paix. En d’autres mots, cela présuppose l’existence d’un droit pénal international en vertu duquel, les individus sont responsables devant la communauté des nations pour les violations de ce droit⁹⁰. Il va sans dire qu’à cette époque une telle possibilité constituait à tout le moins un avancement considérable sur le plan du droit. Cela impliquait selon les actes énumérés dans cet article, qu’en certaines circonstances, “des actes inhumains⁹¹” pouvaient constituer des crimes internationaux.

Le qualificatif “avant ou après la guerre” pouvait également laisser croire que le crime contre l’humanité tel que défini à l’article 6(c) était indépendant de l’existence d’une guerre⁹². La fin de l’article toutefois, qui introduit la nécessité d’un lien entre un crime contre l’humanité et tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal de Nuremberg, contribuera comme nous le verrons à tempérer cette croyance.

Il est à noter que cette notion de “avant ou pendant” n’a pas été reprise par la Loi no 10 du Conseil de contrôle allié. Selon le professeur Schwelb⁹³, il ne s’agit pas d’une différence significative puisque de toute façon, l’alinéa II(5) de cette loi, qui traite de prescription, stipule

“In any trial or prosecution for a crime herein referred to, the accused shall not be entitled to the benefits of any statute of limitation in respect of the period from 30 January 1933 to 1 July 1945, nor shall any immunity, pardon or amnesty granted under the Nazi regime be admitted as a bar to trial or punishment.”

⁹⁰ *Id.*, p. 179.

⁹¹ Voir le libellé de l’article 6(c).

⁹² E. DAVID, *op.cit.*, note 46, p. 603.

⁹³ E. SCHWELB, *loc.cit.*, note 44, pp. 217-218.

Cette disposition implique que les crimes commis avant le 30 janvier 1933, peuvent faire l'objet de poursuite pénale. Le professeur Schwelb mentionne finalement à ce sujet que les mots "avant ou pendant" ont probablement été omis de la Loi No. 10, car les actes "après" la guerre étaient également visés.

"Contre toutes populations civiles."

À partir des mots "contre **toutes populations** civiles" (nos soulignés), il s'ensuit qu'un crime contre l'humanité selon l'alinéa 6(c) peut être commis autant contre la population civile d'un territoire occupé qu'à l'égard de populations civiles de d'autres territoires qu'ils soient ou non soumis à une quelconque forme d'occupation. En conséquence, la population civile protégée par cette disposition peut tout aussi bien être la population civile d'un pays occupé sans recours à la guerre comme c'était le cas pour l'Autriche et certaines parties de la Tchécoslovaquie en 1938-1939. Ce peut être aussi la population civile où les forces armées d'un belligérant sont rassemblées, sans qu'il s'agisse d'une occupation militaire, comme ce fut le cas pour l'Italie à certains moments de la deuxième guerre mondiale. Ce peut être finalement, la population d'un pays avoisinant à un belligérant ou encore la population civile de ce même belligérant. On peut penser à cet égard, à la population allemande dans ses relations avec les autorités allemandes toujours au cours de la deuxième guerre mondiale ou encore à la population italienne, victime d'outrages par les forces italiennes ou d'autres formations fascistes⁹⁴.

On peut donc en déduire que toutes les populations civiles étaient désormais "protégées" contre les violations du droit international, du type 'crimes contre l'humanité' et ce même si les dites violations sont commises par des États souverains contre leurs propres ressortissants.

⁹⁴

Id., p.189.

“Que ces persécutions aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où elles ont été perpétrées.”

Cet élément de l’incrimination est significatif en ce qu’il venait confirmer la suprématie du droit international sur le droit interne. Cette conclusion était compatible avec la position de la C.P.I.J. qui la première avait dit qu’un État ne pouvait invoquer son droit interne pour justifier une violation à ses obligations internationales⁹⁵. L’objectif visé était évidemment de fermer la porte à une défense que l’acte reproché à un individu n’est pas une infraction qui peut entraîner sa responsabilité pénale car il s’agit d’un geste conforme au droit interne. Selon le professeur Schwelb, l’exclusion d’une telle défense est à la fois liée et compatible avec l’article 8 du Statut qui traite de la défense “d’avoir agi en exécution des ordres d’un supérieur”. Ainsi, tout comme un accusé ne peut se soustraire à sa responsabilité en invoquant qu’il a agi en conformité avec les directives de son Gouvernement ou suivant les ordres d’un supérieur hiérarchique, le fait que ses actes étaient “légaux” selon le droit interne ne lui sera d’aucune utilité. Le lien entre les deux ressort particulièrement lorsque l’on considère que les personnes qui devaient être jugées par le Tribunal selon son Statut, faisaient partie d’un très petit cercle sur lequel reposait le pouvoir législatif sous le régime NAZI.

“Définition de la notion ‘d’humanité’ ”

Il est pertinent à ce stade-ci de se demander quelle définition il faut donner au terme “humanité” lorsqu’il est question de crime contre l’humanité. On peut facilement penser à au moins deux définitions, la première étant la race humaine ou le genre humain dans son ensemble et l’autre, “humanité” en tant que sentiment de bienveillance envers son prochain, voire de compassion pour les malheurs d’autrui. Pour E. Schwelb, le sens qu’il faut donner au terme “humanité” tel qu’utilisé dans le Statut du Tribunal correspond à la deuxième

⁹⁵ *Avis consultatif du 31 juillet 1930 sur la question des communautés Gréco-bulgares*, 1930 Recueil C.P.I.J. p.32, “ C’est un principe généralement reconnu du droit des gens que, dans les rapports entre Puissances contractantes d’un traité, les dispositions d’une loi interne ne sauraient prévaloir sur celles du traité” Voir aussi l’article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

définition. À son avis donc, il n'est pas nécessaire pour qu'un acte soit qualifié de crime contre l'humanité, qu'il affecte toute la race humaine ou le genre humain au complet⁹⁶. Cette conclusion est partagée par Monsieur le Juge Jackson dans sa déclaration d'ouverture au procès de Nuremberg:

“A crime against humanity is an offence against certain general principles of law which, in certain circumstances, become the concern of the international community, namely, if it has repercussions reaching across international frontiers, or if it passes ‘in magnitude or savagery any limits of what is tolerable by modern civilisations’.”⁹⁷

Pour les besoins du Statut du Tribunal donc, le terme “crime contre l'humanité” est un terme juridique. Pour entrer dans cette catégorie, un acte doit donc être reconnu universellement comme étant un crime sous le droit pénal des nations civilisées. Pourtant, il est difficile de nier que seule la notion de crime de guerre avait en 1945, une valeur coutumière que nul ne pouvait nier⁹⁸. Toutefois, il n'est pas difficile non plus de démontrer que le terme “crime contre l'humanité” a été ajouté au Statut du Tribunal suite aux désirs exprimés maintes fois au sein de proclamations, discours officiels de même que lors de discussions, pendant la deuxième guerre mondiale, selon lesquels les Alliés ne devraient pas se limiter à traduire en justice, seulement ceux qui ont commis des crimes de guerre au sens strict, contre des citoyens alliés en territoire allié. Dans de nombreuses déclarations, il était souhaité, voire demandé, que les personnes ayant commis des atrocités à l'endroit de personnes qui n'étaient pas des nationaux des Puissances de l'axe, sur le territoire de ces mêmes Puissances, soient enquêtés, jugés et punis. On n'a qu'à penser aux déclarations de Moscou⁹⁹, de Potsdam¹⁰⁰, du Parlement de Londres le 17 décembre 1942 au nom de plusieurs

⁹⁶ SCHWELB, E., *loc. cit.*, note 44, p. 195.

⁹⁷ *Id.*, p. 195, note 4.

⁹⁸ Voir E. DAVID, *loc. cit.*, note 46, pp. 95 et suiv.

⁹⁹ *Supra.*, note 43, p. 15..

¹⁰⁰ *Supra.*, note 40, p. 14..

pays¹⁰¹, ou encore aux recommandations de l'Assemblée internationale de Londres¹⁰² ou de la Commission des Nations Unies sur les crimes de guerre¹⁰³. Ce que les publicistes, les politiciens, les organisations et autres tenants de telles mesures avaient à l'esprit, c'était les atrocités commises par les Allemands en Italie avant et après sa reddition, les persécutions du Gouvernement Nazi à l'endroit de ses opposants politiques à l'intérieur de l'Allemagne ainsi que la persécution des Juifs sans égard à leur citoyenneté, tous des cas non couverts par la notion traditionnelle de crimes de guerre.

“Le lien nécessaire entre un crime contre l'humanité et un crime contre la paix ou un crime de guerre”.

Pour le professeur L.C. Green, il semblait à première vue que la notion de crime contre l'humanité constituait un champ d'application nouveau pour le droit international pénal¹⁰⁴. Il note cependant que le Statut du Tribunal mentionne spécifiquement à propos de ces crimes, qu'ils doivent être commis:

“...in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the

¹⁰¹ E. SCHWELB, *loc. cit.*, note 44, pp. 183-184. Il s'agit d'une déclaration concernant le traitement inhumain et barbare qui était infligé aux Juifs dans les territoires européens occupés par l'Allemagne. La déclaration au nom des gouvernements de Belgique, Tchécoslovaquie, Grèce, Luxembourg, Pays-Bas, Pologne, États-Unis, Royaume-Uni, URSS, Yougoslavie et France, faisait référence à de nombreux rapports en provenance d'Europe à l'effet: ‘que les autorités allemandes, non satisfaites du déni et du non respect des droits de l'Homme à l'égard des Juifs de tous les territoires où leur règne barbare a été étendu, sont maintenant en train de mettre en oeuvre l'intention souvent répétée par Hitler, d'exterminer tous les juifs en Europe’, “ (...) les Gouvernements ci-haut mentionnés, condamnent dans les termes les plus forts cette politique bestiale d'extermination de sang-froid. Ils déclarent, que de tels événements ne peuvent que raffermir la volonté de tous les peuples pour qui la liberté prime, de renverser la tyrannie barbare d'Hitler. Ils réaffirment leur résolution solennelle, que ceux qui sont responsables pour ces crimes ne doivent pas échapper à la rétribution, et de mettre en oeuvre les moyens pratiques à cet effet.”

¹⁰² *Id.*, p. 184. En 1943-1944, l'Assemblée internationale de Londres recommandait qu'en définissant l'étendue des mesures rétributives des Alliés, qu'il faudrait considérer les infractions commises au sens large et pas seulement les violations coutumières au droit de la guerre. En ce qui a trait à l'extermination des juifs, il était recommandé: “ (...) That punishment should be imposed not only when the victims were Allied Jews, but even when the crimes had been committed against stateless Jews or any other Jews in Germany or elsewhere. (...)”

¹⁰³ *Id.*, pp. 184-185.

¹⁰⁴ L.C. GREEN, *op. cit.*, note 18 p. 247.

tribunal...¹⁰⁵"

Cet énoncé a pour effet selon lui de rendre les crimes contre l'humanité tels que définis dans le Statut du Tribunal de Nuremberg, dépendants de l'existence de crimes contre la paix ou de crimes de guerre selon la définition généralement reconnue de ces infractions à cet époque. C'est d'ailleurs pourquoi certains autres auteurs ont même suggéré que dans les faits, les crimes contre l'humanité tels que définis par le Statut du Tribunal et tels qu'appliqués par ce dernier, n'ont rien ajouté au développement du droit international pénal ou au droit des conflits armés¹⁰⁶

Dans son jugement, le Tribunal concluait à cet égard, dans son énoncé général sur le droit applicable aux crimes contre l'humanité:

(...) The policy of persecution, repression and murder of civilians in Germany before the war of 1939, who were likely to be hostile to the Government, was most ruthlessly carried out. The persecution of Jews during the same period is established beyond doubt. To constitute crimes against humanity, the acts relied on before the outbreak of war must have been in execution of, or in connection with, any such crime. The Tribunal is of the opinion that revolting and horrible as many of these crimes were, it has not been satisfactorily proved that they were done in execution of, or in connection with, any such crime. (...) ¹⁰⁷

Le Tribunal confirmait ainsi la nécessité d'un lien étroit entre tout crime contre l'humanité allégué et soit un crime contre la paix ou encore un crime de guerre au sens strict.

Sur cette question, il est utile de se référer à la rédaction française de l'article 6(c) du Statut du Tribunal qui a du être modifié justement pour cette raison¹⁰⁸. L'article 6(c) original, tel qu'on le retrouve dans l'Accord de Londres du 8 août 1945 se lit comme suit:

¹⁰⁵ *Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, op. cit.*, note 12, art. 6 (c).

¹⁰⁶ E. SCHWELB, *loc. cit.*, note 44, p. 225.

¹⁰⁷ *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International de Nuremberg, op. cit.*, note 1, p. 65.

¹⁰⁸ E. SCHWELB, *loc. cit.*, note 44, pp. 187-188.

“(c) LES CRIMES CONTRE L’HUMANITÉ: c’est-à-dire l’assassinat, l’extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, **avant ou pendant la guerre; ou** bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, commises à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal International ou s’y rattachant, que ces persécutions aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où elles ont été perpétrées¹⁰⁹”(nos soulignés)

L’article a du être modifié en raison du point-virgule qui suit les mots “avant ou pendant la guerre” puisqu’une telle ponctuation laissait croire que la qualification “commises à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal de Nuremberg ou s’y rattachant” s’appliquait seulement à la deuxième partie de l’article et non à l’assassinat, l’extermination, etc. La ponctuation dans la version anglaise était identique malgré un libellé légèrement différent, tandis qu’on ne retrouvait pas de point-virgule dans la version russe. Cette anomalie a été jugée assez importante par les quatre Grandes Puissances pour justifier un amendement afin que non seulement le texte soit le même dans les trois versions officielles mais aussi qu’il reflète fidèlement l’intention des Parties. L’article était finalement modifié le 6 octobre 1945 par le Protocole de Berlin¹¹⁰. Le point-virgule était retiré des versions anglaise et française et le texte français était modifié selon le libellé cité ci-haut¹¹¹.

Ce texte confirme qu’en vertu de l’article 6(c) du Statut du Tribunal de Nuremberg, tous les crimes contre l’humanité doivent avoir été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime. Cette conclusion est également confirmée par Sir Hartley Shawcross, procureur britannique en chef, lors de sa plaidoirie finale:

“(…) So the crime against the Jews, insofar as it is a Crime Against Humanity and not a War Crime, is one which we indict because of its association with the Crime Against the Peace. (...)”¹¹²

¹⁰⁹ *Id.*, p.194.

¹¹⁰ H.S. LEVIE, *op. cit.*, note14, appendix IX, pp. 557-558.

¹¹¹ *Supra*, p. 24.

¹¹² E. SCHWELB, *loc. cit.*, note 44, p. 198.

Il est intéressant de noter en terminant sur cet élément, que l'article II(c) de la Loi no 10 du Conseil de contrôle allié, ne contient pas les mots "à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du tribunal, ou en liaison avec ce crime". Il s'agit là de la différence majeure entre les deux définitions de crimes contre l'humanité. Il faut y voir que le lien entre un acte mentionné dans cette disposition et un autre crime rentrant dans la compétence du Tribunal n'est pas nécessaire pour en faire un crime contre l'humanité. En conséquence, la jurisprudence de Nuremberg concernant ce lien est donc non pertinente en ce qui a trait aux accusations de crimes contre l'humanité en vertu de la Loi no 10.

Parmi les explications avancées pour justifier cette différence majeure, la plus plausible semble être la différence à la fois dans la nature constitutionnelle des deux "Statuts" et dans le rang des Tribunaux concernés, l'un étant international et l'autre local¹¹³. Comme nous le verrons¹¹⁴, la Loi no 10 était en quelque sorte un signe avant-coureur de l'évolution des crimes contre l'humanité alors que cette notion de "nexus" ne fait plus partie des éléments des crimes contre l'humanité aujourd'hui.

B. Les infractions visées par l'incrimination.

L'article 6(c) mentionne spécifiquement l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, ainsi que "tout autre acte inhumain". Les violations contenues dans la disposition analogue du Statut du Tribunal de Tokyo sont les mêmes sauf en ce qui a trait aux persécutions "pour motifs religieux" qui n'y apparaissent pas. Cela est probablement selon Schwelb, dû au fait que les rédacteurs ont pris pour acquis que des persécutions pour motifs religieux n'avaient pas été commises sur une grande échelle parallèlement à l'agression japonaise.¹¹⁵ L'article II

¹¹³ *Id.*, pp. 218-219.

¹¹⁴ Voir "le lien entre un crime contre l'humanité et l'existence d'un conflit armé" *infra*, p. 131.

¹¹⁵ E. SCHWELB, *loc.cit.*, note 44, p. 216.

(c) de loi du Conseil de contrôle en Allemagne était toutefois passablement différente quant aux violations qu'il contenait. Il y était question:

“(c) Crimes against Humanity: Atrocities and offences, including but not limited to murder, extermination, enslavement, deportation, imprisonment, torture, rape, or other inhumane acts...”

L'emprisonnement, la torture et le viol apparaissaient pour la première fois en tant que crime contre l'humanité. De plus, en fonction des mots “including but not limited to”, la liste des violations y contenues n'est pas exhaustive.

Notons tout d'abord que chacune des violations mentionnées à l'article 6(c) du Statut du Tribunal de Nuremberg constitue un crime contre la personne. De plus, bien que l'article 6(b) du Statut qui traite des crimes de guerre, spécifie que la liste de violations qu'on y retrouve n'est pas limitative, l'article 6(c) ne contient pas de telle disposition. Au plus, la mention “tout autre acte inhumain” confirme qu'il y a d'autres violations non mentionnées. Toutefois, suivant la règle d'interprétation *ejusdem generis*, les autres actes inhumains dont il est question ne peuvent être que des violations analogues et de même nature. En conséquence, force est de constater que le crime contre l'humanité tel que défini, “contre toutes populations civiles” ne comprend pas les atteintes portées à des biens.

Le Professeur Lauterpacht était contre une telle interprétation car selon lui:

“It is not helpful to establish a rigid distinction between offences against life and limb, and those against property. Pillage, plunder, and arbitrary destruction of public and private property may in their effects, be no less cruel and deserving of punishment than acts of personal violence. There may, in effect, be little difference between executing a person and condemning him to a slow death of starvation and exposure by depriving him of shelter and means of sustenance.”¹¹⁶

Toutefois, et ce malgré le caractère humanitaire intéressant des observations du Professeur Lauterpacht, cette interprétation de l'article 6(c) devait être confirmée par les

116

C. LAUTERPACHT, (1944) 21 B.Y.I.L 79.

décisions des tribunaux qui ont eu à l'appliquer. Parmi elles, il y a lieu de noter le jugement du Tribunal pénal américain de Nuremberg selon lequel:

“The ‘atrocities and offences’ listed therein, murder, extermination, etc., are all offences against the person. Property is not mentioned. Under the doctrine of *eiusdem generis*, the catch-all words ‘other persecutions’ must be deemed to include only such as affect the life liberty of the oppressed people. Compulsory taking of industrial property, however reprehensible, is not in that category”¹¹⁷

Le chevauchement entre les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre, conséquence partielle du nexus discuté ci-haut entre les crimes contre l'humanité et les autres crimes de la compétence du Tribunal, mérite qu'on s'y arrête. D'ailleurs, une comparaison entre les articles 6(b) et 6(c) du Statut du Tribunal démontre que la plupart des crimes de guerre sont aussi des crimes contre l'humanité et que plusieurs crimes contre l'humanité sont simultanément des crimes de guerre. Le meurtre par exemple est mentionné à la fois dans l'article 6(b) et dans l'article 6(c). Quant à l'extermination mentionnée à l'article 6(c) seulement, il semble que l'interprétation appropriée en soit le meurtre sur une grande échelle¹¹⁸. On a voulu par ce terme, rendre punissable les préparatifs visant la mise en oeuvre d'une politique d'extermination à titre de complicité, des gestes trop éloignés de l'homicide proprement dit pour prouver la complicité de meurtre.

Finalement, il y a lieu de noter que plusieurs faits qualifiés de crimes contre l'humanité s'apparentent à des infractions classiques de droit commun. Bien qu'il soit possible aujourd'hui de distinguer les crimes contre l'humanité de ces dernières sur la base d'au moins trois critères¹¹⁹, soit leur gravité, leur caractère massif ainsi que le *mens rea* nécessaire, l'élaboration de ces critères à titre d'éléments constitutifs des crimes contre l'humanité en était alors à ses premiers pas.

¹¹⁷ *L'Affaire Flick*, Decision of 22 Dec 1947, A.D., 274. Le tribunal faisait alors allusion à la loi no 10 du Conseil de Contrôle allié du 20 décembre 1945 qui définissait le crime contre l'humanité en utilisant les termes de l'article 6(c) du Statut du Tribunal de Nuremberg. Cette décision permet également de contrer l'argument voulant que les crimes contre l'humanité visés par la Loi no 10 du Conseil de contrôle allié pourrait être différente en ce que la liste des violations n'y est pas limitative.

¹¹⁸ E. SCHWELB, *loc.cit.*, note 44, p. 192.

¹¹⁹ *Infra.*, p. 133.

CHAPITRE II LES INFRACTIONS PRÉVUES PAR LES CONVENTIONS DE GENÈVE DE 1949 ET LES PROTOCOLES ADDITIONNELS DE 1977.

SECTION I LES INFRACTIONS PRÉVUES PAR LES CONVENTIONS DE GENÈVE DE 1949.

Il convient d'étudier en deux étapes la codification des infractions à l'intérieur des Conventions de Genève de 1949, soit d'abord le champ d'application des infractions incluant l'historique de l'adoption des quatre Conventions et le contexte dans lequel elles s'appliquent pour ensuite passer à la portée et au contenu des infractions qu'on y retrouve.

A. Le champ d'application des infractions.

Le mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant Rouge a contribué de façon significative à l'élaboration du droit international humanitaire et il en est de même pour la codification des infractions à ce droit. La traditionnelle "Convention de Genève", née en 1864¹²⁰ sur l'initiative du Comité international de la Croix-Rouge qui venait de se fonder, est à l'origine des Conventions dites de Genève devenues universelles aujourd'hui. C'est même elle qui donna l'impulsion au vaste mouvement de droit international qui tendit à réglementer les hostilités et finalement à limiter et prohiber le recours à la guerre¹²¹. Cet acte présentait cependant des lacunes et des imperfections qui ont donné lieu quatre ans après sa signature, à une Conférence pour en étudier la révision. Le 20 octobre 1868, un projet d'articles additionnels prévoyant notamment l'extension de la Convention à la guerre maritime était

¹²⁰ *Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés*, (1865), MARCEL DELTENRE, *Recueil des lois et coutumes de la guerre terrestre, maritime, sous-marine et aérienne d'après les Actes élanorés par les Conférences internationales depuis 1856*, Bruxelles, les Éditions Ferd, Wellens-Pay, 1943, p.460.

¹²¹ *Les Conventions de Genève du 12 août 1949*, Comité International de la Croix-Rouge, Genève, Publications CICR, 1989, note préliminaire p. 7.

finalisé mais il ne fut pas ratifié. La Convention fut cependant révisée et une nouvelle Convention adoptée¹²² lors de la Conférence diplomatique de 1906, suite à un voeu émis par la première Conférence de La Haye en 1899.

Suite à la première guerre mondiale, il parut nécessaire d'adapter la Convention de Genève aux conditions de la guerre moderne. Elle subit ainsi une seconde révision lors de la Conférence diplomatique de 1929¹²³, une révision bien moins profonde cependant, que la première qui lui donna sa forme actuelle. Lors de la même conférence toutefois, la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre fut adoptée¹²⁴. L'adoption de cette Convention illustre l'ampleur prise par la notion de "captivité" dans la guerre moderne, mais elle exprime également le désir de la communauté internationale, de faire passer la captivité sous l'empire du droit des gens d'inspiration humanitaire¹²⁵. La Convention de 1929 a contribué d'une manière efficace, partout où elle a été appliquée, à la protection de millions de prisonniers de guerre qui ont pu s'en réclamer durant le dernier conflit. Toutefois, il est apparu unanimement, à ceux qui en ont eu le bénéfice comme à ceux qui ont dû l'appliquer, que sur de nombreux points elle devait être révisée, en raison des changements survenus dans la conduite de la guerre¹²⁶.

122 *Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne*, reproduite dans D. SCHINDLER and J. TOMAN, *op. cit.*, note 22, Doc. 35, pp.233-244. Voir la note introductive à la page 233: Comportant 33 articles divisés en huit chapitres, la Convention de 1906 est plus détaillée et plus précise dans sa terminologie que la Convention de 1864. La Convention de 1906 a été remplacée par la Convention de 1929 mais est demeurée en vigueur jusqu'en 1970, lorsque la dernière Haute partie contractante qui n'avait toujours pas accédé à une des Conventions ultérieures (Costa Rica) est devenue partie aux Conventions de 1949.

123 *Convention pour l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne*, reproduite dans D. SCHINDLER and J. TOMAN, *op. cit.*, note 22, Doc. 38, pp. 257-270. Voir la note introductive à la page 257: C'est dans la Convention de 1929 que furent reconnus les emblèmes du croissant Rouge et du Lion et du Soleil Rouge pour les pays qui utilisaient déjà ces signes en lieu et place de la Croix-Rouge.

124 *Convention relative au traitement des prisonniers de guerre*, reproduite dans D. SCHINDLER and J. TOMAN, *op. cit.*, note 22, Doc. 39, pp. 271-298. Voir la note introductive à la page 271: Il y avait déjà des dispositions concernant les prisonniers de guerre dans les Conventions de La Haye de 1899 et 1907. Toutefois, au cours de la première guerre mondiale, ces dispositions se sont avérées inadéquates et surtout imprécises. La Convention ne remplace pas plutôt complète les dispositions des Conventions de La Haye. La Convention est entrée en vigueur le 19 juin 1931.

125 *Les Conventions de Genève du 12 août 1949*, *op. cit.*, note 121, pp. 12-13.

126 *Ibid.*

Les Conventions de Genève concernant les blessés et les malades de 1906 et 1929, contenaient des dispositions relatives à la répression des infractions¹²⁷. Étonnamment, il y était d'abord question de la prohibition de l'utilisation du signe distinctif de la Croix-Rouge, non pas dans le but de proscrire la perfidie, mais bien pour protéger une marque de commerce¹²⁸! La Convention de 1906 faisait aussi allusion à la répression, en temps de guerre, d'actes individuels de vol ou d'abus des blessés et des malades des armées, d'usurpation de l'insigne militaire et d'utilisation illégale du brassard ou du drapeau de la Croix-Rouge.

Il s'agissait d'une innovation digne de mention à cet époque si l'on considère le consensus général voulant qu'il n'existait pas d'infractions écrites au droit international humanitaire. Il faut dire préciser toutefois que ces dispositions n'ont pas été retenues dans la Convention de 1929. De plus, l'article 27 de la Convention de 1906 était avant tout une invitation aux Hautes Parties contractantes, de faire adopter ou à tout le moins de recommander l'adoption par leur législature, des mesures nécessaires pour juger et punir les auteurs de telles violations. Le concept de répression internationale ne faisait toujours pas consensus à ce moment et ce malgré les efforts répétés de Gustave Moynier, président du Comité international de la Croix-Rouge qui avait suggéré la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève¹²⁹ suite à la guerre de 1870¹³⁰.

¹²⁷ Voir *Convention de Genève de 1906 sur l'amélioration et le sort des blessés et malades dans les armées en campagne*, *op. cit.*, note 58, art. 27 et 28; et *Convention de Genève de 1929 sur l'amélioration et le sort des blessés et malades dans les armées en campagne*, *op. cit.*, note 59, art. 28, 29 et 30;

¹²⁸ *Id.*, Convention de 1906: art. 27 et Convention de 1929: art. 28.

¹²⁹ Convention de Genève de 1864, *supra*, note 123.

¹³⁰ Voir J. PICTET (dir), *Commentaire, "La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne"*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1952, pp. 397-398. Dans un livre intitulé "*Considérations sur la sanction pénale à donner à la Convention de Genève*" publié à Genève en 1893, Gustave Moynier proposait deux étapes distinctes: Déterminer tout d'abord, la nature et l'échelle des peines à appliquer aux violeurs des divers articles de la Convention de Genève, et ensuite choisir une organisation judiciaire acceptable. Constatant l'opposition rencontrée par son projet de faire promulguer une loi internationale, il proposait à tout le moins, l'adoption d'une loi-type.

Un nouveau projet de revision de la Convention de Genève de 1929 sur l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne prit naissance en 1937 à la suite des travaux d'une Commission d'experts internationaux convoquée par le Comité international de la Croix-Rouge (CICR). Ce projet soumis préalablement à la XVIème Conférence internationale de la Croix-Rouge à Londres en 1938, fut porté à l'ordre du jour de la Conférence diplomatique prévue pour 1940 mais différée en raison de la seconde guerre mondiale¹³¹.

Avant même la fin des hostilités, le CICR avait déjà pris l'initiative, parallèlement à ses travaux visant la rédaction d'une convention pour la protection des personnes civiles, de réviser les deux Conventions de 1929. Pour mener à bien ce projet, le Comité international emprunta une méthode semblable à celle utilisée suite à la première guerre mondiale. La première réunion d'experts eut lieu en octobre 1945. Elle regroupait les membres neutres des Commissions médicales mixtes qui, pendant le conflit, avaient été chargées de visiter les prisonniers de guerre blessés ou malades et de statuer sur leur rapatriement¹³². La seconde fut la "Conférence préliminaire des Sociétés nationales de la Croix-Rouge pour l'étude des Conventions et de divers problèmes ayant trait à la Croix-Rouge" en juillet et août 1946, durant laquelle le Comité international de la Croix-Rouge soumit ses premiers projets¹³³.

Puis eut lieu à Genève du 14 au 26 avril 1947, après de longs mois d'études et de consultations diverses, la "Conférence d'experts gouvernementaux pour l'étude des Conventions protégeant les victimes de la guerre¹³⁴" qui accueillit 70 envoyés de 15 gouvernements ayant, pendant le conflit mondial, détenu de nombreux prisonniers de guerre et possédant une expérience particulièrement grande des matières à traiter. Le Comité

¹³¹ Voir *Les Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, CICR, note préliminaire, p. 8.

¹³² *Id.*, note préliminaire, p. 2.

¹³³ *Id.*, note préliminaire, p. 3.

¹³⁴ *Ibid.*

international de la Croix-Rouge recueillit par la suite les avis de plusieurs gouvernements absents, mit la touche finale à ses revisions des Conventions existantes de même qu'à ses projets de nouvelles conventions, puis expédia son projet global à tous les gouvernements et Sociétés nationales de la Croix-Rouge en vue de la XVIIIème Conférence internationale de la Croix-Rouge.

Cette Conférence se tint à Stockholm du 20 au 31 août 1948. Les représentants de 50 gouvernements et de 52 Sociétés nationales y adoptèrent, suite à quelques amendements, les projets soumis qui furent pris comme unique base de travail lors de la "Conférence diplomatique pour l'élaboration de Conventions internationales destinées à protéger les victimes de la guerre"¹³⁵. Soixante-trois États étaient officiellement représentés à cette conférence diplomatique tenue à Genève du 21 avril au 12 août 1949, dont 59 avec pleins pouvoirs de discussion et quatre à titre d'observateurs. Après quatre mois de délibérations, la Conférence adopta les quatre Conventions de Genève de 1949 en vigueur aujourd'hui¹³⁶.

Cet historique de l'adoption des quatre Conventions de Genève de 1949 est très important afin d'illustrer le consensus sur lequel elles reposent. Les Conventions de Genève font partie des instruments les plus ratifiés au monde. Au 30 juin 1997, elles liaient 188 États¹³⁷. En revanche, à la même date la Convention de LaHaye de 1954¹³⁸ ne liait que 82

¹³⁵ *Id.*, p. 4.

¹³⁶ *Les Conventions de Genève de 1949, op.cit., note 121. Voir aussi: Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949, (1950), Doc. ONU ST / HR / 1 / Rev. 5, 1994, p. 701. Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949, (1950), Doc. ONU ST / HR / 1 / Rev. 5, 1994, p. 727. Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre de 1949, (1950), Doc. ONU ST / HR / 1 / Rev. 5, 1994, p. 749. Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, (1950), Doc. ONU ST / HR / 1 / Rev. 5, p. 821.*

¹³⁷ Comité international Genève, internet, "*International Humanitarian Law, site three, Geneva Conventions of 12 august 1949 and Additional Protocols of 8 June 1977: ratifications, accessions and successions*", 30 June 1997.

¹³⁸ E. DAVID, *op.cit.*, note 46, p. 137.

États tandis que le Protocole I additionnel aux Conventions de Genève de 1977 ¹³⁹ avait 148 ratifications à son crédit.

“La qualification du conflit”

Selon l'article 2 commun aux quatre Conventions, ces dernières s'appliquent en cas de guerre déclarée ou de tout autre conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs Hautes Parties contractantes même si l'état de guerre n'est pas reconnu par l'une d'elles. Les Conventions s'appliquent également dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire.

Cette clause n'apparaissait pas dans les Conventions antérieures. D'ailleurs, pour le CICR, l'objectif en était de combler un vide en retirant à l'avance aux belligérants, les prétextes qu'ils pouvaient théoriquement invoquer pour éluder leurs obligations¹⁴⁰. Un premier coup d'oeil permet en effet de constater que les formalités préalables de déclaration de guerre ou encore de reconnaissance de l'état de belligérance sont disparues. Il suffit maintenant qu'il y ait un conflit armé entre deux ou plusieurs Parties contractantes.

Notons toutefois que même si la notion de conflit armé est beaucoup plus générale puisque la durée de l'engagement ou le caractère plus ou moins meurtrier de ses effets ne comptent plus, l'article deux confirme qu'un tel conflit doit avoir lieu entre deux Parties contractantes. En conséquence, la notion de conflit armé international était consacrée.

Les conflits armés non-internationaux n'ont pas été oubliés pour autant. L'article 3 commun aux quatre Conventions s'applique à ce type de conflit, pour lesquels les conditions

¹³⁹ *Supra*, note 137.

¹⁴⁰ J. PICTET, *Commentaire Convention I*, *op.cit.*, note 134, p. 34.

minimales sont identifiées. Selon un délégué à la Conférence diplomatique de 1949, l'article 3 apparaît comme une convention en miniature; Tout d'abord parce qu'il ne s'applique qu'aux conflits non-internationaux et deuxièmement parce qu'il est le seul article applicable à ce genre de conflit, à moins que les parties à un tel conflit aient conclu un accord pour l'application de dispositions additionnelles des Conventions¹⁴¹. On ne peut nier le mérite de l'article 3 qui, suivant une rédaction simple et claire, assure au minimum l'application des règles humanitaires reconnues comme étant essentielles par les peuples civilisés. Toutefois, force est de constater qu'il manque à l'article 3 un élément d'une importance capitale. En effet, il n'y a pas de dispositions permettant de réprimer les violations à ces règles minimales puisque de telles infractions ne constituent pas, comme nous le verrons¹⁴², des infractions graves aux Conventions.

Quant à l'application des Conventions lors d'un conflit international si l'un des États participants n'est pas partie aux Conventions, cette situation est prévue par l'article 2 commun. Notons tout d'abord que contrairement à la Convention de 1864 cet article ne contient pas de *clausula si omnes*¹⁴³; Donc, lors d'un conflit impliquant plusieurs Puissances, les États parties aux Conventions seront au minimum liés entre eux. De plus, les Puissances qui sont parties aux Conventions seront également liées envers un État qui ne l'est pas, si ce dernier en accepte et en applique les dispositions. Lors de la Conférence diplomatique de 1949, la condition d'acceptation a fait l'objet d'un débat pour déterminer si cette acceptation impliquait une déclaration et si oui sous quelle forme. Selon le rapporteur du Comité spécial à ce sujet, une déclaration est nécessaire contrairement à l'amendement canadien, d'après

¹⁴¹ *Id.*, p. 51.

¹⁴² Voir *infra.*, p. 53.

¹⁴³ J. PICTET, *Commentaire Convention I*, *op.cit.*, note 134, pp. 35-37. La *clausula si omnes* signifie que la Convention n'était applicable que si toutes les parties à un conflit étaient également liées. C'est sous ce régime qu'éclata la première guerre mondiale et il est intéressant de noter à ce sujet que l'un des plus petits États belligérants n'était pas partie à la Convention. En théorie donc, la Convention n'était applicable par aucun des belligérants. Heureusement, aucun État ne souleva cette exception ce qui faisait dire au commentateur de la Convention de 1929 (Paul Des Gouttes, *Commentaire*, ad article 25, p.188) ' Pour une fois, le fait, appuyé sur la signature comme aussi sur l'intérêt humanitaire de tous, l'a donc emporté sur le droit'

lequel une conduite conforme à la Convention de la part de l'État non contractant aurait suffi pour la rendre applicable. Pour le CICR toutefois, rien ne permet d'affirmer que l'acceptation suppose nécessairement une déclaration expresse, cette acceptation peut être tacite¹⁴⁴. Elle peut être implicitement contenue dans une application de fait.

B. La portée et le contenu des infractions

Toutes les violations du droit des conflits armés ne sont pas des crimes de guerre. Seules les violations les plus graves le sont et c'est là le point de départ de la codification prévue aux quatre Conventions de Genève de 1949 où l'on établit une distinction entre les "*infractions graves*" et les autres "*actes contraires aux dispositions des Conventions*".

Les dispositions relatives à la répression des infractions sont communes aux quatre Conventions de Genève. Ce sont les articles 49 à 52 de la I^{ère} Convention (*...pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne*), 50 à 53 de la II^{ème} Convention (*...pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer*), 129 à 131 de la III^{ème} Convention (*...relative au traitement des prisonniers de guerre*) et 146 à 149 de la IV^{ème} Convention (*...relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*).

Le premier article détermine la sanction pénale des infractions, en particulier des "infractions graves", dont le second article donne la définition. Il s'agit d'une première pour une convention internationale exception faite de la codification des crimes de guerre contenue au principe VI (b) des "Principes de droit international reconnus dans le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement du Tribunal" adoptés par la Commission du droit international et confirmés par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 95 (I) adoptée le 11 décembre 1946. Toutefois, les infractions y sont plus précises. Il y a d'abord les

¹⁴⁴ *Id.*, p. 38.

infractions graves puis toutes les autres dispositions des Conventions qui sont érigées en dispositions pénales bien qu'elles ne soient pas qualifiées de crimes de guerre.

“Les infractions graves”

L'idée derrière le concept d'infractions graves était de s'attarder à l'universalité de la répression. Tôt, il est apparu que les violations de certaines dispositions des Conventions de Genève pouvaient constituer des délits mineurs, voire de simples fautes disciplinaires pour lesquelles il ne saurait être question de prévoir une répression universelle. Par contre, on a jugé opportun de mettre en lumière, à titre d'avertissement aux délinquants éventuels, la liste des infractions dont les auteurs seraient recherchés dans tous les États¹⁴⁵.

Une infraction grave¹⁴⁶ est définie tout d'abord comme un acte commis contre des personnes ou des biens protégés par les Conventions. Pour la première Convention ces personnes sont les blessés et les malades, tels que définis à l'article 13 et les membres du personnel sanitaire et religieux défini aux articles 24 à 26. Pour ce qui est des biens protégés, ils sont définis dans divers articles, notamment les bâtiments et le matériel des formations sanitaires, les biens des sociétés de secours et les transports sanitaires définis aux articles 33 à 36¹⁴⁷. Il est à noter que pour la troisième Convention il n'y a pas de biens protégés malgré

¹⁴⁵ J. PICTET, *Commentaire* (Ière Convention), *op. cit.*, note 134, pp. 416-417.

¹⁴⁶ *Id.*, L'expression elle-même d'infraction grave a donné lieu à de longs débats. La délégation de l'URSS par exemple aurait préféré l'emploi des mots “crimes graves” ou pris textuellement “lourds crimes”. C'est surtout le mot “crime” que la Conférence a voulu éviter en raison des acceptions différentes de ce mot dans les différentes législations.

¹⁴⁷ Voir *Conventions de Genève*, *op. cit.*, note 56. Les autres personnes protégées par les Conventions sont: Pour la deuxième Convention, les naufragés, blessés et malades en mer tels que définis à l'art. 13 et les membres du personnel sanitaire et religieux défini aux art. 36-37; Pour la troisième Convention: les prisonniers de guerre tels que définis à l'art. 4; et Pour la quatrième Convention: les personnes qui, à un moment quelconque et de quelque manière que ce soit, se trouvent en cas de conflit ou d'occupations, au pouvoir d'une Partie au Conflit ou d'une Puissance occupante dont elles ne sont pas ressortissantes, telles que définies à l'art. 4. Les autres biens protégés par les Conventions sont: Pour la deuxième Convention: les navires-hopitaux, les infirmeries des vaisseaux et les aéronefs sanitaires tels que définis aux articles 28, 38 et 39; et pour la quatrième Convention: les hopitaux, les transports sanitaires et les biens mobiliers ou immobiliers appartenant individuellement ou collectivement à des personnes privées ou à l'État tels que définis aux articles 18, 21, 22, 33, 53, 57, etc.

l'utilisation de ce mot dans l'article 130 qui définit "infraction grave"¹⁴⁸.

Parmi les actes interdits contre les personnes et les biens protégés par les Conventions, nous retrouvons l'homicide intentionnel, la torture, les traitements inhumains, les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la destruction et l'appropriation de biens non justifiés par des nécessités militaires et exécutés sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire, le fait de contraindre un prisonnier de guerre ou une personne protégée à servir dans les forces armées de la Puissance ennemie¹⁴⁹, le fait de priver une personne protégée ou un prisonnier de guerre de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement selon les prescriptions des troisième et quatrième Conventions¹⁵⁰, la déportation ou le transfert illégaux¹⁵¹, la détention illégale¹⁵² et la prise d'otages¹⁵³.

"L'homicide intentionnel"

Pour Éric David, on entend par homicide intentionnel, l'assassinat ou le meurtre¹⁵⁴ c'est-à-dire provoquer la mort par des actes voulus. Pour le CICR toutefois, la notion d'homicide intentionnel doit également s'entendre des infractions par omission, pourvu qu'il y ait eu intention de provoquer la mort¹⁵⁵. Ainsi la mise à mort de naufragés suite à des ordres

¹⁴⁸ J. PICTET (dir), *Commentaire, La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1958, p. 661.

¹⁴⁹ Voir *Convention de Genève*, *op. cit.*, note 56. Convention III: art. 130 et Convention IV: art. 147.

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ *Id.*, Convention IV, art. 147.

¹⁵² *Id.*

¹⁵³ *Id.*, la prohibition de la prise d'otages est également mentionnée à l'art. 3 (1) (b) commun aux quatre Conventions.

¹⁵⁴ E. DAVID, *op. cit.*, note 85, p. 565.

¹⁵⁵ J. PICTET, *Commentaire (IIIème Convention)*, Genève, CICR, 1952-59. p. 271.

interdisant toute tentative de sauvetage serait un homicide intentionnel. À titre d'exemple, notons le cas de l'Amiral Doenitz à qui le Tribunal de Nuremberg imputa de tels ordres sans toutefois retenir cette violation à sa charge car des ordres analogues avaient été donnés aux sous-marins américains et britanniques¹⁵⁶. L'exécution de prisonniers de guerre qui tenteraient de s'échapper serait également un homicide intentionnel. C'est du moins ce qui ressort d'un jugement américain célèbre de 1946, le "German High Command Trial"¹⁵⁷.

"La torture"

Pour le CICR, le mot torture se réfère ici aux souffrances infligées à une personne pour obtenir d'elle ou de tiers des renseignements¹⁵⁸. Cette notion qui fait plutôt référence au concept de torture judiciaire abolie à la fin du XVIII^e siècle¹⁵⁹, est dépassée aujourd'hui. Selon la Déclaration adoptée le 9 décembre 1975 par l'Assemblée générale des Nations Unies:

" le terme torture désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont délibérément infligées à une personne par des agents de la fonction publique ou à leur instigation, aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'un tiers des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle a commis ou qu'elle est soupçonnée d'avoir commis, ou de l'intimider ou d'intimider d'autres personnes¹⁶⁰"

Outre la référence à des actes commis par des agents de la fonction publique, cette définition, reprise en grande partie par la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984¹⁶¹, correspond d'avantage à la torture qui est interdite à l'égard des personnes protégées par les Conventions et qui est élevée au

¹⁵⁶ *Trial of Karl-Heinz Moehle*, Law Reports of Trials of War Criminals, vol. I, p.1.

¹⁵⁷ *Von Leeb et al.*, (*German High Command Trial*), A.D.P.I. , 1948, p. 395.

¹⁵⁸ J. PICTET, *Commentaires (Ilième Convention)*, *op.cit.*, note 155, article 51, p. 272.

¹⁵⁹ *Ibid.*

¹⁶⁰ *Déclaration concernant la protection de toutes les personnes soumises à la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, AGNU, Résolution 3452 (XXX), 9 décembre 1975, Doc. ONU ST/HR/1/Rev.5, 1994, p. 294.

¹⁶¹ *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, 10 décembre 1984, Doc ONU, ST/HR/1/Rev. 5, 1994, p. 297.

rang d'infraction grave. Ainsi la torture peut être physique ou mentale, elle doit causer une douleur ou des souffrances aiguës et peut avoir pour objectif la cueillette de renseignements, la punition ou même l'intimidation.

“Les traitements inhumains”.

Les traitements envisagés ici sont ceux qui sont contraires à la prescription générale qui prévoit que les personnes protégées devront toujours être traitées avec humanité¹⁶². Selon le CICR, il ne saurait s'agir uniquement de traitements qui porteraient atteinte à l'intégrité physique car un des buts des Conventions est d'accorder aux personnes protégées, une protection telle qu'elles conservent leur dignité humaine et ne soient pas ravalées au niveau de la bête¹⁶³. À titre d'exemple, on peut penser à des mesures qui viseraient à laisser des personnes protégées sans aucun rapport avec l'extérieur et en particulier avec leur famille.

“Les expériences biologiques”.

Les expériences biologiques constituent des atteintes à l'intégrité corporelle ou à la santé physique. Il est clair que ces actes ont été ajoutés à la liste des infractions graves dans le but d'empêcher les pratiques criminelles dont certains captifs ont été victimes au cours du deuxième conflit mondial. Selon le CICR, le recours à des thérapies nouvelles, justifié par des raisons médicales et dont le seul but est d'améliorer l'état du patient, n'est pas interdit par cette disposition¹⁶⁴. Éric David ajoute pour sa part que des expériences biologiques pratiquées sur des personnes protégées seraient un crime de guerre, même s'il s'agit de personnes

¹⁶² *Conventions de Genève, op.cit.*, note 131, Convention I, article 12, Convention II, article 12, Convention III, article 13 et Convention IV, article 27.

¹⁶³ J. PICTET, *Commentaires (Convention II)*, op.cit., note 155, p.273.

¹⁶⁴ *Id.*

condamnées à mort¹⁶⁵.

“Le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l’intégrité physique ou à la santé”

Selon le CICR, on a voulu par cette catégorie d’infractions, viser les actes qui ne sont pas inclus dans la catégorie “tortures ou traitements inhumains” mais qui peuvent tout de même altérer l’intégrité physique ou la santé des personnes protégées¹⁶⁶. On peut penser au cas de blessés ou de prisonniers de guerre qui seraient mutilés ou soumis à des souffrances tout à fait inutiles. Puisque les Conventions ne précisent pas s’il s’agit uniquement de souffrances physiques, on peut en déduire que les souffrances morales font également partie de cette catégorie¹⁶⁷. À cet égard on peut établir un parallèle entre ces infractions et les atteintes à la dignité des personnes, notamment les traitements humiliants et dégradants, des actes prohibés par l’article 3 commun aux Conventions mais qui ne sont pas mentionnés spécifiquement dans les dispositions qui énumèrent les infractions graves contrairement à la torture ou encore aux traitements inhumains. Pour le Professeur David, il ne faut pas s’inquiéter du fait que ce type d’infraction ne soit pas autrement défini puisque de cette façon, de nombreux comportements peuvent y être inclus, ce qui est bien car: “pour faire souffrir, le génie humain semble infini!...”¹⁶⁸ Il en est de même pour le CICR pour qui il serait dangereux, surtout dans ce domaine, de vouloir trop préciser car on risquerait d’être toujours en retard sur l’imagination des tortionnaires éventuels qui voudraient asservir leur bestialité en dépit de toutes les interdictions¹⁶⁹.

¹⁶⁵ E. DAVID, *op.cit.* note 85, p. 568.

¹⁶⁶ *Commentaires (Convention I)*, *op.cit.*, note 134, p. 418.

¹⁶⁷ *Commentaires (Convention II)*, *op.cit.*, note 155, p. 274.

¹⁶⁸ E. DAVID, *op.cit.* note 85. p. 565.

¹⁶⁹ J. PICTET, *Commentaires (Convention IV)*, Genève, CICR, 1952-1959, p.44.

“La destruction et l’appropriation de biens non justifiés par des nécessités militaires et exécutés sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire”.

Ce type d’infraction grave mérite une attention particulière même si en définitive, il appartiendra aux tribunaux d’apprécier si les nombreuses conditions mentionnées sont remplies¹⁷⁰. Notons d’abord que les notions de destruction et d’appropriation couvrent des réalités très différentes¹⁷¹. Pour ce qui est de la destruction, les biens détruits devront sans aucun doute être des biens protégés. Il est donc question des bâtiments et du matériel des formations sanitaires, des biens des sociétés de secours, des transports sanitaires (véhicules, aéronefs et navires) de même que des biens mobiliers ou immobiliers appartenant individuellement ou collectivement à des personnes privées ou à l’État dans le cadre de la IV^{ème} Convention¹⁷², c’est à dire en territoire occupé. La destruction de tels biens mobiliers ou immobiliers en territoire ennemi n’est donc pas couverte par cette disposition.

Pour ce qui est de l’appropriation, cela implique nécessairement que la Puissance ennemie les ait en son pouvoir et, par conséquent qu’elle occupe le territoire. Or, la réquisition de bâtiments, matériel ou transports sanitaires est soumise à une série de restrictions.

Finalement, pour constituer une infraction grave, de telles destructions et appropriations devront également être arbitraires, pratiquées sur une grande échelle et conditionnées par les nécessités militaires. Il va sans dire que le fardeau de preuve en est donc très lourd. Concernant l’étendue, le CICR note qu’en vertu de cette disposition, il semblerait qu’une destruction ou appropriation isolée ne pourrait constituer une infraction grave puisque le critère de “grande échelle” ne serait pas respecté. Nous sommes d’accord qu’une telle

¹⁷⁰ J. PICTET, *Commentaires (Convention II)*, *op.cit.*, note 155, p. 274.

¹⁷¹ J. PICTET, *Commentaires (Convention IV)*, *op.cit.*, note 169, p. 643.

¹⁷² *Convention de Genève, IV*, *op.cit.*, note 131, art. 18, 21, 22, 33, 53, et 57.

interprétation stricte serait illogique¹⁷³. Quant à une justification basée sur la notion de “nécessités militaires”, cette dernière serait tout de même soumise aux limites fixées par les Conventions¹⁷⁴.

“Le fait de contraindre un prisonnier de guerre ou une personne protégée à servir dans les forces armées de la Puissance ennemie”.

On retrouve la première version de cette infraction à l’article 23 de la IV^{ème} Convention de La Haye de 1907 qui interdit à un belligérant de forcer les nationaux de la Partie adverse à prendre part aux opérations de guerre dirigées contre leur pays, même dans le cas où ils auraient été à son service avant le commencement de la guerre. Selon Éric David, l’incrimination prévue par les articles 130 de la III^{ème} Convention et 147 de la IV^{ème} Convention ne devraient concerner que l’enrôlement forcé de personnes devant allégeance à la Partie adverse tout comme l’article 23 de la IV^{ème} Convention de La Haye de 1907 malgré l’utilisation du terme “personne protégée”¹⁷⁵. Notons que les personnes protégées comprennent non seulement les ressortissants de la Puissance adverse se trouvant au pouvoir d’une partie au conflit mais aussi certaines catégories de personnes qui ne sont ressortissants d’aucune Partie au conflit. Cette interprétation restrictive a d’ailleurs été retenue par la Commission du droit international dans son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l’humanité¹⁷⁶. Pour le CICR enfin, il s’agit d’un délit *sui generis*¹⁷⁷.

¹⁷³ *Commentaires (Convention IV)*, *op.cit.*, note 169, p.644.

¹⁷⁴ *Commentaires (Convention I)*, *op.cit.*, note 134, p.419.

¹⁷⁵ E. DAVID, *op.cit.*, note 85, p. 571.

¹⁷⁶ *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l’humanité*, in Rapport C.D.I., 1991, art. 22(2)(a), p. 270.

¹⁷⁷ J. PICTET, *Commentaires “Convention III”*, Genève, CICR, 1952-1959, p. 663.

“Le fait de priver une personne protégée ou un prisonnier de guerre de son droit d’être jugé régulièrement et impartialement selon les prescriptions des III^{ème} et IV^{ème} Conventions”.

Ce sont les III^{ème} et IV^{ème} Conventions qui précisent les conditions dans lesquelles les prisonniers de guerre et les personnes protégées peuvent être poursuivis judiciairement. Cette infraction peut donc être décomposée en une série de violations différentes. À titre d’exemple, notons l’article 99 de la III^{ème} Convention qui stipule qu’aucun prisonnier de guerre ne pourra être condamné sans avoir eu la possibilité de se défendre et sans avoir été assisté par un défenseur qualifié. Notons également l’article 71 de la IV^{ème} Convention qui confirme que les tribunaux compétents de la Puissance occupante ne pourront prononcer aucune condamnation qui n’ait été précédée d’un procès régulier. Ainsi, tout manquement aux conditions de poursuite judiciaire énumérées dans les III^{ème} et IV^{ème} Conventions constitue une infraction grave.

“La déportation ou le transfert illégaux”.

La codification de cette infraction est le résultat des expériences douloureuses du deuxième conflit mondial. Il s’agit d’une infraction aux articles 45 et 49 de la IV^{ème} Convention qui posent des conditions strictes à tout transfert de personnes protégées à une autre Puissance¹⁷⁸ et qui interdisent toute déportation ou transfert forcé, quel qu’en soit le motif. Seule l’évacuation totale ou partielle d’une région occupée est permise si la sécurité de la population ou d’impérieuses raisons militaires l’exigent. Dans un tel cas, les personnes déplacées devront être ramenées dans leurs foyers dès que les combats dans cette région auront pris fin.

¹⁷⁸ Parmi ces conditions, notons que les personnes protégées ne peuvent être transférées qu’à une Puissance qui est partie à la Convention et désireuse d’appliquer les dispositions de la Convention à ces personnes. Ainsi, une personne protégée ne peut en aucun temps être transférée dans un pays où elle peut craindre des persécutions.

“La détention illégale”.

Cette incrimination peut être assimilée à la notion de détention arbitraire, un délit de droit commun inclus dans la plupart des législations nationales. Il n’en demeure pas moins selon le Professeur David, qu’une telle infraction grave serait fort difficile à établir puisque les Puissances belligérantes peuvent interner les ressortissants ennemis ou étrangers se trouvant sur leur territoire si elles le jugent absolument nécessaire pour leur sécurité¹⁷⁹. Les puissances occupantes peuvent même interner certains des habitants des territoires occupés pour la même raison. Le caractère illégal de la détention risque donc d’être très difficile à prouver, à moins d’un internement ordonné sans aucun motif spécial. En conséquence, tout abus dans l’exercice de ce droit d’internement devient une infraction grave.

“La prise d’otages”.

Comme nous l’avons vu, la prise et l’exécution d’otages sont des délits incriminés à titre de crimes de guerre par le Statut du Tribunal de Nuremberg¹⁸⁰. Le Professeur David note toutefois que la répression de cette pratique, avant que la IV^{ème} Convention ne vienne interdire formellement la prise d’otages, a donné lieu à des hésitations dans la jurisprudence des tribunaux alliés¹⁸¹. La prise d’otages ne peut être assimilée au fait de priver illégalement une personne de sa liberté car il y a un élément supplémentaire qui est la menace de soit prolonger la détention illégale ou d’exécuter l’otage. Bien que l’exécution d’un otage est un homicide intentionnel comme nous l’avons vu, le caractère arbitraire de la prise d’otages accompagné de la menace discutée plus tôt, font de ce geste un délit particulier.

¹⁷⁹ E. DAVID, *op.cit.*, note 85, p. 570.

¹⁸⁰ *Supra*, p. 16.

¹⁸¹ E. DAVID, *op.cit.*, note 85, p. 568, il a ainsi été admis que l’exécution d’otages pouvait être licite moyennant le respect de conditions telles que le caractère ultime de cette méthode, l’avertissement préalable de la population, la proportionnalité entre l’exécution d’otages et l’infraction à laquelle elle répond. Voir *German High Command Case*, A.D., XV, pp. 662-663.

“Une gravité à géométrie variable”

L'on peut s'interroger sur le fait que certains actes prohibés par l'article 3 commun aux quatre Conventions tels que les atteintes à la dignité des personnes (traitements humiliants et dégradants) de même que les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable, rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés, ne sont pas compris dans la catégorie des infractions graves. On pourrait dire que cela est implicite et que ces actes sont compris dans la définition des infractions graves mentionnées précédemment. Il y a toutefois loin de la coupe aux lèvres puisque les actes prohibés par l'article 3, le sont à l'égard d'un plus grand éventail de personnes, soit toutes les personnes incluses à l'article 3 (1). Ainsi une telle infraction, même si elle correspond à la définition d'infraction grave, ne pourrait pas en être une si elle était commise envers une personne qui n'est pas une personne protégée au sens des Conventions.

Bien que ces actes contraires aux dispositions des Conventions constituent des infractions que chaque partie a le devoir de “faire cesser”¹⁸², on ne peut passer sous silence l'absurdité de voir une catégorie d'actes semblables aux actes qui constituent des infractions graves, déclassés en terme de gravité simplement parce que l'on ne trouve plus dans la sphère des conflits interétatiques.

“Abus du signe distinctif”.

Une dernière constatation s'impose concernant les abus du signe de la Croix Rouge

182

J. PICTET, (dir.), *Commentaire, La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre*, (Convention IV), Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1956, pp. 635-636. Nous sommes d'accord avec le rédacteur lorsqu'il dit que l'expression “faire cesser” n'est pas très précise et qu'elle peut donner lieu à différentes interprétations. Selon le rédacteur, l'expression couvre tout ce qui peut être fait par un État pour éviter que des actes contraires à la Convention ne soient commis ou ne se répètent. Il ne fait aucun doute quant à lui, surtout si on compare avec le terme anglais employé “supression” qu'il s'agit en premier lieu de la répression des infractions autres que les infractions graves. Cela démontre, toujours selon l'auteur, que toutes les infractions aux Conventions doivent être réprimées par la législation nationale.

sur fond blanc qui tombent dans la même catégorie d'infractions. L'utilisation abusive de l'emblème distinctif, prohibée par l'article 53 de la I^{ère} Convention, peut être l'objet de deux emplois foncièrement différents. Dans le premier cas il y a abus de la valeur de protection de l'emblème lorsqu'il est appliqué sur une personne perfidement dans le but de faire croire qu'il s'agit d'une personne que la Convention ordonne de respecter alors qu'il n'en est rien. Dans le second cas, il y a abus de la valeur indicative du signe lorsqu'il est utilisé perfidement pour faire croire qu'une personne ou un bien a un lien avec la Croix-Rouge¹⁸³. Même s'il est très important de distinguer entre les abus du signe de protection et les abus du signe indicatif, il reste que la conséquence pénale possible demeure la même. À cet effet, nous avons déjà discuté du souci principal du Comité international de la Croix-Rouge en 1929, qui était davantage relié à la protection d'une marque de commerce¹⁸⁴. Il s'agit certes d'un objectif important et louable, cette préoccupation étant d'ailleurs toujours présente dans les Conventions de 1949¹⁸⁵. Il est tout de même étonnant de constater que l'utilisation perfide du signe distinctif n'ait pas alors été érigée au rang d'infraction grave.

SECTION II. LES INFRACTIONS PRÉVUES PAR LES PROTOCOLES ADDITIONNELS DE 1977.

A. Le champ d'application des infractions.

Même si les Conventions de Genève de 1949 ont été développées et adaptées aux nécessités de l'heure, elles n'en couvraient pas pour autant tout le champ des détresses humaines. Il est aussi inévitable que plusieurs années plus tard elles aient révélé des lacunes et des imperfections.

¹⁸³ Voir *Commentaire*, (Convention I), *op. cit.*, note 134, pp. 432-434.

¹⁸⁴ *Supra.*, p. 38.

¹⁸⁵ Voir *Conventions de Genève*, *op. cit.*, note 131, Convention I : art. 44, 53 et 54; Convention II: art. 43 à 45; et Convention IV: art. 18 à 22.

Cette constatation liée au fait que les Conventions de La Haye qui régissent la conduite des hostilités et l'emploi des armes n'avaient pas été révisées depuis 1907, poussèrent le Comité international de la Croix-Rouge à présenter, lors de la XIX^{ème} Conférence de la Croix-Rouge en 1957, un nouveau projet de règles. Ce projet traitait principalement du comportement des combattants et de la protection de la population civile contre les effets des hostilités. Le projet bénéficia d'une approbation de principe mais ne recueillit pas l'adhésion des gouvernements, notamment parce qu'il abordait de front la question controversée des armes nucléaires¹⁸⁶

Le CICR revint à la charge en 1967. S'adressant par circulaire à tous les États parties aux Conventions de Genève, il souleva la question d'une restauration du droit des conflits armés et leur remettait un inventaire, établi par lui, des règles écrites et coutumières que l'on pouvait considérer comme étant encore en vigueur. Il était alors question, non pas de procéder à la refonte voire à la révision des Conventions de Genève, mais bien de réaffirmer et de développer le droit humanitaire. À cet effet, le Comité international travaillait en étroite collaboration avec l'Assemblée générale des Nations Unies. Encouragé par les résolutions adoptées lors des Conférences internationales de la Croix-Rouge de 1965 et 1969, le Comité international mit en branle le même processus qui avait conduit à l'élaboration des Conventions de Genève.

Entre 1971 et 1973, le Comité international recueillit l'avis et les commentaires de diverses organisations non-gouvernementales, des Sociétés nationales de la Croix-Rouge et des experts de nombreux gouvernements¹⁸⁷. Les projets complétés furent envoyés à tous les gouvernements en juin 1973 en évitant d'aborder "les problèmes relatifs aux armes atomiques, bactériologiques et chimiques qui font l'objet d'accords internationaux ou de délibérations

¹⁸⁶ J. PICTET (prés.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1986, introduction générale, p. XXIX.

¹⁸⁷ *Id.*, p. xxxi. Du 3 mai au 3 juin 1972 se tint à Genève la seconde session de la Conférence des experts gouvernementaux regroupant plus de 400 experts en provenance de 77 États.

entre les Gouvernements...¹⁸⁸” Tenu en échec une première fois à ce sujet, le Comité international avait même volontairement omis d’insérer dans ses projets, des interdictions ou des limitations concernant les armes conventionnelles qui causent des maux superflus car la matière lui paraissait trop délicate. Le Comité international s’en était tenu à un rappel des principes fondamentaux de La Haye devenus d’ailleurs coutumiers depuis le jugement du Tribunal de Nuremberg¹⁸⁹.

Convoquée et organisée par le gouvernement suisse, la “Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés” s’est réunie à Genève à quatre reprises entre le 20 février 1974 et le 10 juin 1977. Environ 700 délégués y participèrent en provenance de 155 États, du Comité international, de 51 organisations intergouvernementales ou non gouvernementales et 11 mouvements de libération nationale. Les Protocoles additionnels ont finalement été adoptés le 8 juin 1977 et sont entrés en vigueur le 7 décembre 1978 à la suite de la ratification déposée par le Ghana et l’adhésion de la Libye.¹⁹⁰ Tel que mentionné précédemment, le Protocole I additionnel aux Conventions de Genève de 1977 comptait, au 30 juin 1977, 148 ratifications à son crédit.

Ainsi complétées, avec de larges emprunts au droit de La Haye de 1907 qui avait bien besoin d’un dépoussiérage, les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève et ces mêmes Conventions¹⁹¹ comportaient dorénavant 600 articles dont 150 nouveaux.

188 Id., p. xxxii.

189 Voir *supra*, pp. 19-20.

190 J. PICTET, *Commentaires Protocoles additionnels*, *op.cit.* note 186, pp. xxxii - xxxiv.

191 *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux* (Protocole I), (1978), Doc. ONU ST / HR / 1 / Rev. 5, 1994, pp. 886-956 et *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux* (Protocole II), (1978), Doc. ONU ST / HR / 1 / Rev. 5, 1994, pp. 957-967.

“La qualification du conflit”

Deux protocoles additionnels aux Conventions de Genève ont été adoptés. Le Protocole I relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux et le Protocole II relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux. Il va sans dire que l’adoption de ces deux protocoles perpétuait la dichotomie existante entre les conflits internationaux d’une part et les conflits non internationaux d’autre part. D’ailleurs, selon l’article premier du Protocole I (Champ d’application), cet instrument s’applique dans les situations visées par l’article 2 des Conventions de Genève tandis que le préambule du Protocole II confirme que cet instrument complète l’article 3 commun aux Conventions de Genève. Or, nous savons que l’article 2 commun aux Conventions s’applique uniquement aux conflits armés internationaux alors que l’article 3 commun ne s’applique qu’aux conflits non internationaux.

Il n’est pas question ici d’analyser les différents types de conflit. Notre propos est plutôt de constater l’impact de la qualification du conflit sur la répression des infractions que l’on retrouve dans les Protocoles I et II.

À ce titre, les États ont fait preuve de consistance lors de la Conférence diplomatique de 1974-1977 puisqu’ils ont doté le Protocole I additionnel d’un mécanisme de répression complémentaire au système de répression des infractions graves prévu à même les Conventions, tout en prenant bien soin de ne pas doter le Protocole II additionnel de plus de mordant que l’article 3 commun en avait.

Notons toutefois que le texte final du Protocole II additionnel est très différent du projet initial soumis par le CICR. Des 39 articles de droit matériel que contenait ce projet, il n’en comptait plus que 18 lors de son adoption par la Conférence (dispositions finales non

comprises)¹⁹².

Cette purge de plus de la moitié des articles résulte de l'opposition résolue des États du tiers- monde, à un texte qui leur semblait faire la part trop belle aux insurgés et mettre en jeu le concept fondamental de la souveraineté des États¹⁹³. À la fin de la Conférence d'ailleurs, plusieurs participants exprimèrent leur déception face au résultat final, surtout en raison du haut seuil d'application du Protocole II¹⁹⁴.

Le Protocole II additionnel toutefois, était le premier instrument conventionnel entièrement consacré aux conflits armés non internationaux. À ce titre, ce corps de règles minimales élaboré et accepté par l'ensemble de la communauté internationale constituait un progrès indéniable. Par contre, il n'en demeure pas moins que sur le plan de la mise en oeuvre, une belle occasion venait d'être manquée.

B. La portée et le contenu des infractions.

Contrairement au Protocole I additionnel relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, le Protocole II ne contient aucune disposition relative à la répression des infractions. Le Protocole II interdit plusieurs actes dans un but humanitaire et à cet égard va beaucoup plus loin que l'article 3 commun. Toutefois, aucun de ces actes interdit n'est élevé au rang d'infraction, que ce soit grave ou autre. Encore une fois, nous pouvons parler de gravité des infractions à géométrie variable, alors que deux actes identiques qui constituent des infractions et suivant lesquels il y aura des victimes dans les deux cas, seront traités différemment selon la nature du conflit au cours du quel ils seront commis.

¹⁹² E. DAVID, *op.cit.*, note 85, p. 420.

¹⁹³ *Commentaire Protocole II, op.cit.*, note 186, pp 1358-1359.

¹⁹⁴ *Id.*, p.1360.

Étant donné l'absence de dispositions relatives à la répression des infractions au sein du Protocole II, la présente section se limitera à l'étude de la portée et du contenu des infractions prévues par le Protocole I additionnel aux Conventions de Genève.

“Les infractions prévues par le Protocole I additionnel aux Conventions de Genève”.

Ce sont les articles 85 à 91 du Protocole I qui contiennent les dispositions relatives à la répression des infractions. Quant à la liste des infractions, on la retrouve à l'article 85, divisée en cinq paragraphes, qui comportent plusieurs nouveautés. L'ensemble de l'article fut adopté par consensus, tant en commission qu'en Conférence plénière. D'une manière générale, les délégations qui s'exprimèrent sur l'article, estimèrent qu'il s'agissait d'un important pas en avant vers une meilleure application du droit humanitaire¹⁹⁵.

Une première remarque s'impose concernant le paragraphe 5 de l'article 85 qui se lit comme suit:

“Sous réserve de l'application des Conventions et du présent Protocole, les infractions graves à ces instruments sont considérés comme des crimes de guerre.”

Notons tout d'abord que les expressions “infraction grave” et “autre infraction” ont été maintenues de même que le caractère universel pour la première et le caractère strictement national (obligation de faire cesser) pour la deuxième. On remarque aussi que les infractions graves sont assimilées à des crimes de guerre, ce qui n'était pas le cas dans les Conventions de Genève. Certaines délégations ont jugé cette qualification d'indispensable et évidente alors que d'autres l'ont trouvée déplacée et dangereuse¹⁹⁶. Les premières délégations insistaient sur la nécessité d'affirmer l'unité de la notion de crime de guerre, que les crimes particuliers soient définis par le droit de Genève ou le droit de La Haye¹⁹⁷. Les autres, sans contester que

¹⁹⁵ Voir *Commentaires*, Protocole I, *op. cit.*, note 186, p. 1016.

¹⁹⁶ *Id.*, pp. 1027-1028.

¹⁹⁷ *Id.*, pp. 1001-1002.

les infractions graves aux Conventions et aux protocoles soient effectivement des crimes de guerre, préféreraient que ces instruments gardent leur terminologie distincte, en raison de leurs objectifs humanitaires¹⁹⁸.

Le système de répression des Conventions n'a pas été remplacé par celui prévu au Protocole I mais plutôt renforcé et développé. Ainsi, la qualification d'infraction grave et par extension, de crime de guerre est étendue aux actes définis comme tels dans les Conventions s'ils sont commis contre les nouvelles catégories de personnes et de biens prévus par le Protocole¹⁹⁹:

“Les actes qualifiés d'infractions graves dans les Conventions constituent des infractions graves au présent Protocole s'ils sont commis contre des personnes au pouvoir d'une Partie adverse protégées par les articles 44, 45 et 73 du présent Protocole, ou contre des blessés, des malades et des naufragés de la Partie adverse protégés par le présent Protocole, ou contre le personnel sanitaire ou religieux, des unités sanitaires ou des moyens de transport sanitaire qui sont sous le contrôle de la Partie adverse et protégés par le présent Protocole.”

Il y a donc tout d'abord les personnes ayant pris part aux hostilités et tombées au pouvoir d'une Partie adverse, au sens des articles 44 (Combattants et prisonniers de guerre) et 45 (Protection des personnes ayant pris part aux hostilités). Cette notion est plus large que celle des prisonniers de guerre au sens de la III^{ème} Convention. Toutefois, bien que l'article 45 touche les personnes dont le statut n'est pas encore tranché, il ne semble pas que ce soit le cas de ceux dont le droit au statut de prisonnier de guerre a été rejeté en conformité avec les dispositions du Protocole. Donc, selon le paragraphe 3 de l'article 45, pour ceux qui n'ont pas droit au statut de prisonnier de guerre et qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable conformément à la IV^{ème} Convention et ce, même s'ils ne sont pas protégés l'article 85, les garanties fondamentales prévues à l'article 75²⁰⁰ demeurent applicables même

¹⁹⁸ *Id.*, pp. 1027.

¹⁹⁹ Voir *Protocole I*, *op. cit.*, note 78, art. 85 paragraphe 2.

²⁰⁰ *Id.*, art. 75, paragraphe 1: “Dans la mesure où elles sont affectées par une situation visée à l'article premier du présent Protocole, les personnes qui sont au pouvoir d'une partie au conflit et qui ne bénéficient pas d'un traitement plus favorable en vertu des Conventions et du présent Protocole seront traitées avec humanité en toutes circonstances et bénéficieront au moins des protections prévues par le présent article sans aucune

en l'absence d'une mention spécifique à cet effet.

Il y a toutefois une certaine limite à cette application. Lors de la Conférence diplomatique, plusieurs délégations auraient souhaité que les personnes visées par l'article 75 soient aussi incluses et par le fait même protégées. L'article 75 s'applique à toutes les personnes affectées par une situation visée à l'article premier, champ d'application du Protocole, au pouvoir d'une Partie au conflit et ne bénéficiant pas d'un traitement plus favorable en vertu des Conventions et du Protocole. Dans un esprit de compromis, cette suggestion ne fut pas retenue en raison de l'opposition des délégations qui craignaient d'étendre la notion d'infraction grave, soumise à la compétence universelle, aux infractions commises par une Partie au conflit contre ses propres ressortissants²⁰¹.

Il y a ensuite les réfugiés et apatrides au sens de l'article 73 (Réfugiés et apatrides), ce qui en fait des personnes protégées au sens de la IV^{ème} Convention. Il y a aussi les blessés, malades et naufragés de la Partie adverse au sens de l'article 8 (Terminologie), alinéas a et b, qui élargit la notion correspondante des Conventions. Puis il y a finalement le personnel sanitaire ou religieux, unités sanitaires et moyens de transport sanitaire, sous le contrôle de la Partie adverse et protégés par le Protocole, auxquels s'applique la même remarque que pour les blessés, malades et naufragés²⁰².

Quant à l'expression "qui sont sous le contrôle de la partie adverse", elle est justifiée par le fait que ces personnes et biens peuvent, à titre d'exemple, provenir d'un État non belligérant, d'une société de secours reconnue et autorisée d'un tel État, ou encore d'une

distinction de caractère défavorable fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou la croyance, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou une autre situation, ou tout autre critère analogue. Chacune des parties respectera la personne, l'honneur, les convictions et les pratiques religieuses de toutes ces personnes." Les paragraphes 2 à 8 de l'article 75 précisent toutes les garanties minimales qui doivent s'appliquer.

²⁰¹ J. PICTET, *Commentaire, Protocole I, op.cit.*, note 186, p.1017.

²⁰² *Id.*, pp. 1016-1017.

organisation internationale impartiale de caractère humanitaire, qui les met à la disposition d'une Partie au conflit²⁰³.

“Les nouvelles infractions codifiées par l’article 85”.

L'article 85 dresse aussi une liste de nouvelles infractions aux paragraphes 3 et 4. La phrase introductive du paragraphe 3 se lit comme suit:

“Outre les infractions graves définies à l'article 11, les actes suivants, lorsqu'ils sont commis intentionnellement, en violation des dispositions pertinentes du présent Protocole, et qu'ils entraînent la mort ou causent des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, sont considérés comme des infractions graves au présent Protocole.”²⁰⁴

La première infraction nouvelle est donc tout d'abord l'infraction grave définie à l'article 11 (4) du Protocole, mentionné à l'article 85 dans le but de réunir toutes les infractions graves du Protocole au sein du même article²⁰⁵. Cette infraction qui traite de la protection de la personne diffère des infractions mentionnées aux sous-paragraphes a à f. L'article 11(4) possède également des éléments constitutifs qui lui sont propres:

“Tout acte ou omission volontaire qui met gravement en danger la santé ou l'intégrité physiques ou mentales de toute personne au pouvoir d'une Partie autre que celle dont elle dépend et qui, soit contrevient à l'une des interdictions énoncées aux paragraphes 1 et 2, soit ne respecte pas les conditions prescrites au paragraphes 3, constitue une infraction grave au présent Protocole.”²⁰⁶

Notons tout d'abord que cette infraction ne peut être commise qu'à l'égard de personnes au pouvoir d'une partie autre que celle dont elles dépendent. De plus, l'élément matériel de l'infraction est défini comme un acte ou une omission volontaire **qui met**

203 *Ibid.*

204 Voir *Protocole I, op. cit.*, note 78, art. 85 (3), phrase introductive.

205 J. PICTET, *Commentaire, Protocol I, op. cit.*, note 186, p.1018.

206 *Protocole I, op. cit.*, note 78, art. 11 (4).

gravement en danger la santé ou l'intégrité physique et non **qui cause des atteintes graves à l'intégrité physique** (nos soulignés), l'actus reus retenu par l'article 85.

En ce qui a trait aux autres infractions mentionnées au paragraphe 3, les éléments constitutifs en sont les mêmes à savoir, l'intention, la violation de la disposition pertinente et finalement la conséquence d'entraîner la mort ou de causer des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la personne.

L'auteur d'une telle infraction doit donc avoir agi avec conscience et volonté, c'est-à-dire avec une intention criminelle. Cela inclut l'intention de celui qui sans être certain de la conséquence, en accepte la possibilité. Cela ne comprend pas cependant l'imprudence du genre de celui qui agit sans se rendre compte des conséquences de son acte, bien qu'une telle négligence soit passible de mesures disciplinaires en vertu de l'article 86(2) qui se lit comme suit:

“Le fait qu'une infraction aux Conventions ou au présent Protocole a été commise par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale ou disciplinaire, selon le cas, **s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment**, que ce subordonné commettait ou allait commettre une telle infraction, et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures pratiquement possibles en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer cette infraction. (Nos soulignés)²⁰⁷”

Prenons par exemple l'article 58 qui traite des précautions qui doivent être prises contre les effets des attaques. Cet article rend obligatoire certaines précautions qui doivent être prises contre les effets des attaques²⁰⁸. L'article tient compte toutefois de la réalité des hostilités car les parties au conflit ne sont tenues de prendre ces précautions que dans la mesure de ce qui est pratiquement possible. Selon les termes de l'article 85, un manquement à cette disposition ne constitue pas une infraction grave. Toutefois, une omission à ce devoir

²⁰⁷ *Id.*, art. 86(2).

²⁰⁸ *Id.*, art. 58, phrase introductive. Cet article comprend trois sous-paragraphes (a, b et c) qui énoncent des devoirs qui incombent aux Parties en ce qui a trait aux précautions qu'elles doivent prendre contre les effets des attaques.

d’agir en ne faisant pas ce qui est pratiquement possible pourrait tout de même constituer une infraction par négligence en vertu de l’article 86.

En ratifiant le Protocole I, l’Autriche avait d’ailleurs formulé la réserve suivante au sujet des articles 85 et 86:

“Pour juger toute décision prise par un commandant militaire, les articles 85 et 86 du Protocole I seront appliquées pour autant que les impératifs militaires, la possibilité raisonnable de les reconnaître et les informations effectivement disponibles au moment de la décision soient déterminants²⁰⁹.

Quant aux actes énumérés aux paragraphes a à f de l’article 85(3), ils ne constituent des infractions que s’ils entraînent la mort ou causent des atteintes graves à l’intégrité physique ou à la santé. Il est pertinent à cet égard de s’interroger sur la notion “d’atteintes graves”. Selon le CICR, les atteintes en question sont celles qui, si elles n’entraînent pas la mort, affectent les personnes de façon importante ou durable, soit dans leur intégrité physique, soit dans leur santé physique ou mentale²¹⁰.

Les nouvelles infractions auxquelles ces éléments constitutifs s’appliquent sont liées à la conduite des hostilités: actes d’hostilités dirigés contre des personnes ou des biens protégés, ou dont les effets dépassent leurs objectifs légitimes, ou encore usage perfide de signes et signaux protecteurs. Il s’agit d’infractions qui relèvent du droit communément appelé “droit de La Haye”. Le fait de traiter des infractions graves commises au cours des hostilités constitue un domaine nouveau. Lors de la Conférence diplomatique, certaines délégations ont exprimé des craintes à ce sujet mais il fut finalement jugé essentiel de codifier des infractions correspondant aux articles 35 à 79 du Protocole I. Ces infractions sont²¹¹:

“Soumettre la population civile ou des personnes civiles à une attaque”.

²⁰⁹ J. PICTET, *Commentaire, Protocole I, op. cit.*, note 186, p.1019, Voir aussi note 15.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Protocole I, op. cit.*, note 78, art. 85 (3) a) à f).

Selon l'article 49 (Définition des attaques et champ d'application), on entend par "attaque", des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs. Quant à l'expression "population civile et personnes civiles", elle est définie à l'article 50 (Définition des personnes civiles et de la population civile), qui stipule que toute personne non combattante est civile et qu'en cas de doute sur la qualité d'une personne, cette personne est considérée civile. Est donc un crime de guerre le fait de soumettre la population civile ou des personnes civiles à une attaque en connaissant leur qualité, en dirigeant volontairement l'attaque contre elles et en provoquant les résultats définis par la phrase introductive.

“Lancer une attaque sans discrimination atteignant la population civile ou des biens de caractère civil, en sachant que cette attaque causera des pertes de vie humaines, des blessures aux personnes civiles ou des dommages aux biens de caractère civil, qui sont excessifs au sens de l'article 57, paragraphe 2 a iii”.

Il ne s'agit pas ici des attaques visant directement la population civile mais des attaques sans discrimination qui les affectent de façon accessoire. Le critère de proportionnalité est défini par référence à l'article 57 (Précautions dans l'attaque) qui met en balance l'avantage militaire concret et direct attendu (paragraphe 2 a iii) et le devoir de réduire au minimum les pertes en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil qui pourraient être causés incidemment (paragraphe 2 a ii). Quant à la notion "d'attaque sans discrimination", elle est définie à l'article 51(4) qui se lit comme suit:

- “(…) L'expression 'attaques sans discrimination' s'entend:
- a) des attaques qui ne sont pas dirigées contre un objectif militaire déterminé;
 - b) des attaques dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat qui ne peuvent être dirigés contre un objectif militaire déterminé;
 - c) des attaques dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat dont les effets ne peuvent être limités comme le prescrit le présent Protocole;
- et qui sont, en conséquence, dans chacun des cas, propres à frapper indistinctement

des objectifs militaires et des personnes civiles ou des biens de caractère civil.”²¹²

Il faut aussi noter l’ajout des mots “en sachant” qui fait en sorte que l’auteur de l’attaque ne sera en infraction que s’il savait de façon certaine que les résultats décrits étaient pour se produire. Est donc un crime de guerre, une attaque sans discrimination lancée volontairement, en sachant qu’elle produira les résultats excessifs en violation du principe de proportionnalité et les résultats définis par la phrase introductive.

“Lancer une attaque contre des ouvrages ou installations contenant des forces dangereuses, en sachant que cette attaque causera des pertes en vies humaines, des blessures aux personnes civiles ou des dommages aux biens de caractère civil, qui sont excessifs au sens de l’article 57, paragraphe 2 a iii”.

Selon l’article 56, et ce même s’ils constituent des objectifs militaires, les installations contenant des forces dangereuses, à savoir les barrages, les digues et les centrales nucléaires de production d’énergie électrique, ne doivent pas faire l’objet d’attaques si cela peut libérer les forces qu’ils contiennent et causer des pertes sévères dans la population civile. Cette protection ne peut cesser que dans des circonstances très spécifiques. Dans un tel cas, la population civile garde le bénéfice de la protection générale qui lui est reconnue. Est donc un crime de guerre, le fait de lancer volontairement une attaque contre un ouvrage ou une installation visés par cette disposition qui constituent un objectif militaire, ou contre un objectif militaire situé sur un tel ouvrage ou installation ou à proximité, en sachant qu’elle produira les résultats excessifs mentionnés, si cette attaque entraîne, en violation du principe de proportionnalité, les atteintes décrites par la phrase introductive.

“Soumettre à une attaque des localités non défendues et des zones démilitarisées;”

²¹²

Voir aussi l’art. 51(5) qui donne deux exemples d’attaques qui seraient considérées comme ayant été effectuées sans discrimination soit a) les attaques par bombardement, quels que soient les moyens utilisés, qui traitent comme un objectif militaire unique un certain nombre d’objectifs militaires nettement espacés et distincts situés dans une ville, un village ou tout autre zone contenant une concentration analogue de personnes civiles ou de biens de caractère civil; et b) les attaques dont on peut attendre qu’elles causent incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l’avantage militaire concret et direct attendu. *Protocole I additionnel aux Conventions de Genève, op.cit., note 78.*

La protection et l'institution des localités non défendues et des zones démilitarisées est prévue et réglementée par les articles 59 (Localités non défendues) et 60 (Zones démilitarisées) du Protocole I. Les localités non défendues peuvent être instituées par déclaration unilatérale ou par accord tandis que les zones démilitarisées sont exclusivement instituées par accord entre les Parties au conflit. Devient donc un crime de guerre en vertu de ce sous-paragraphe, une attaque dirigée volontairement contre une localité non défendue ou une zone démilitarisée dont le statut est connu de l'attaquant et qui a pour conséquences, les atteintes définies dans le paragraphe introductif.

“Soumettre une personne à une attaque en la sachant hors de combat;”

L'article 41(2) explique la notion de “hors de combat”. Il s'agit d'une personne qui est au pouvoir d'une partie adverse, qui exprime clairement son intention de se rendre, ou qui a perdu connaissance ou est autrement incapable de se défendre du fait de blessures ou de maladies, à condition que dans tous les cas, elle s'abstienne de tout acte hostile et ne tente pas de s'évader. Commet donc un crime de guerre au sens de ce sous-paragraphe, celui qui attaque volontairement une personne qu'il sait hors de combat et qui provoque sa mort ou des atteintes graves à son intégrité physique ou à sa santé.

“Utiliser perfidement, en violation de l'article 37, le signe distinctif de la Croix-Rouge, du Croissant-Rouge ou du Lion-et-Soleil Rouge ou d'autres signes protecteurs reconnus par les Conventions ou par le présent Protocole.”²¹³”

Les signes protecteurs reconnus par les Conventions et le Protocole sont tout d'abord la Croix-Rouge et le Croissant Rouge (signe distinctif)²¹⁴, les bandes obliques rouges sur fond

²¹³ *Protocole I, op. cit.*, note 78, art. 85 (3) a) à f).

²¹⁴ *Id.*, Annexe I, article 3, et *Ière Convention, op. cit.*, note 131, art. 38.

blanc (zones sanitaires et de sécurité)²¹⁵, le triangle bleu sur fond orange (signe distinctif international de la protection civile)²¹⁶, les trois cercles oranges vifs (protection des ouvrages et installations contenant des forces dangereuses)²¹⁷ et les signes convenus entre les Parties au conflit pour les localités non défendues²¹⁸ et les zones démilitarisées²¹⁹. Il y a ensuite les signaux distinctifs (signal lumineux, signal radio et moyens électroniques) qui sont placés sur le même pied que le signe distinctif en matière de répression²²⁰, les signes, emblèmes ou uniformes des Nations Unies, d'États neutres ou d'autres États non parties au conflit²²¹ et les autres emblèmes, signes ou signaux protecteurs reconnus sur le plan international tels que le pavillon parlementaire et l'emblème protecteur des biens culturels²²². Constitue donc une infraction grave au sens de ce sous paragraphe, l'utilisation perfide, si elle entraîne les résultats définis par la phrase introductive, en vue de tuer, blesser, ou capturer un adversaire, d'emblèmes, signes ou signaux prévus par les Conventions ou par le Protocole I ou des emblèmes, signes ou signaux ou uniformes visés aux article 37 et 38 du Protocole.

Il est intéressant de noter au sujet de la perfidie, que les articles 53 et 54 de la Ière Convention interdisaient déjà et exigeaient des parties qu'elles empêchent et répriment l'abus du signe de la Croix-Rouge, du Croissant-Rouge et du Lion et Soleil Rouge²²³. Les

²¹⁵ *IVième Convention, op. cit.*, note 131, Annexe I, art.6.

²¹⁶ *Protocole I, op. cit.*, note 78, art. 66 et Annexe I, art. 15.

²¹⁷ *Id.*, art.56, et Annexe I, art. 16.

²¹⁸ *Id.*, art. 59, paragraphe 6.

²¹⁹ *Id.*, art. 60, paragraphe 5.

²²⁰ *Id.*, art 18, paragraphe 8.

²²¹ *Id.*, art. 37.

²²² *Id.*, art.38.

²²³ J. PICTET, *Commentaire des Protocoles additionnels, op. cit.*, note 186, Note d'édition, p. xxvii. Bien que les Conventions et les Protocoles mentionnent trois signes distinctifs, à savoir la Croix Rouge, le Croissant Rouge et le Lion -et-Soleil-Rouge, ce dernier signe n'a jamais été utilisé que par l'Iran. Selon une notification du Conseil fédéral Suisse, agissant en tant que dépositaire des traités, datée du 20 octobre 1980, la République Islamique de l'Iran lui a fait part de son adoption du signe du Croissant Rouge. En conséquence, la Ligue des Sociétés de la

Conventions toutefois ne faisaient pas de l'abus perfide du signe, une infraction grave. Le Protocole a corrigé cette lacune.

“Les infractions à l’égard de personnes au pouvoir de l’ennemi”.

En ce qui a trait aux infractions mentionnées au paragraphe 4, nous quittons les infractions graves du “champ de bataille” pour retrouver le domaine traditionnel d’atteintes aux droits des personnes au pouvoir de l’ennemi, comme c’est le cas dans les Conventions. Toutes ces infractions engendrent la responsabilité individuelle de leurs auteurs. Selon le CICR toutefois, les trois premières pourraient également s’appliquer à une partie au conflit car elles relèvent plus de politiques mises de l’avant par une Partie que d’initiatives individuelles²²⁴. Contrairement aux infractions du paragraphe 3, il n’est point besoin que les actes aux sous-paragraphe a) à e) entraînent la mort ou causent des atteintes graves pour qu’il y ait infraction. La phrase introductive ne mentionne que la violation des Conventions ou du Protocole et l’intention de l’auteur. Ces infractions sont²²⁵:

“Le transfert par la Puissance occupante d’une partie de sa population civile dans le territoire qu’elle occupe, ou la déportation ou le transfert à l’intérieur ou hors du territoire occupé de la totalité ou d’une partie de la population de ce territoire, en violation de l’article 49 de la IVième Convention”.

L’article 49 de la IVième Convention interdit tout transfert forcé, ainsi que la déportation des personnes protégées hors du territoire occupé en l’absence d’impérieuses raisons militaires. Il s’agit donc d’une réédition de l’article 147 de la IV ième Convention qui faisait du transfert

Croix-Rouge a changé son nom pour Ligue des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, le 12 octobre 1983.

²²⁴ *Id.*, p. 1023.

²²⁵ *Protocole I, op. cit.*, note 78, art. 85 (4), sous paragraphes a) à e).

ou de la déportation de la population civile, une infraction grave. Ce qui est nouveau ici, c'est le transfert par la Puissance occupante d'une partie de sa population dans le territoire occupé. Cette pratique aussi est transformée en infraction grave.

“Tout retard injustifié dans le rapatriement des prisonniers de guerre ou des civils”.

Les articles 109, 110 sous-paragraphe 1 et 118 de la III^{ème} Convention traitent de l'obligation de rapatrier les prisonniers de guerre pendant et sans délai après les hostilités actives. La non-application de ces articles sans raisons réelles et licites est une infraction grave. En ce qui a trait aux civils, en vertu de l'article 35 de la IV^{ème} Convention, toute personne protégée se trouvant sur le territoire d'une Partie au conflit a le droit de quitter le territoire au début ou au cours du conflit, à moins que son départ ne soit contraire aux intérêts nationaux de l'État. De plus, les Parties au conflit doivent s'efforcer à la fin des hostilités ou de l'occupation, d'assurer le retour de tous les internés à leur dernière résidence, ou de faciliter leur rapatriement même s'il n'y a pas d'obligation à cet égard²²⁶. Ainsi, l'infraction grave à l'égard des civils consiste, en violation des articles 35 et 134 de la IV^{ème} Convention, à retarder le départ d'un ressortissant étranger désireux de quitter le territoire, sans raisons réelles et licites justifiant un tel retard²²⁷.

“Les pratiques de l'apartheid et les autres pratiques inhumaines et dégradantes, fondées sur la discrimination raciale, qui donnent lieu à des outrages à la dignité personnelle;”

En conformité avec la Convention internationale sur l'élimination et la répression du

²²⁶ PICTET, J., *Commentaires des Protocoles additionnels*, *op.cit.*, note 186, p. 1025.

²²⁷ *Ibid.*

crime d'apartheid²²⁸, cette infraction constitue un crime contre l'humanité. À ce titre, nous pouvons dorénavant et déjà remarquer un certain chevauchement entre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité.

“Le fait de diriger des attaques contre les monuments historiques, les oeuvres d'art ou les lieux de culte clairement reconnus qui constituent le patrimoine culturel ou spirituel des peuples et auxquels une protection spéciale a été accordée en vertu d'un arrangement particulier, par exemple dans le cadre d'une organisation internationale compétente, provoquant ainsi leur destruction sur une grande échelle, alors qu'il n'existe aucune preuve de violation par la Partie adverse de l'article 53, alinéa b, et que les monuments historiques, oeuvres d'art et lieux de culte en question ne sont pas situés à proximité immédiate d'objectifs militaires;”

L'article 53 du Protocole traite de la protection des biens culturels et des lieux de culte. Tel que mentionné dans la phrase introductive de cet article, la protection accordée est sans préjudice des dispositions de la Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé et d'autres instruments internationaux pertinents. Pour qu'il y ait infraction grave, les actes hostiles doivent être intentionnels; Il faut que les biens visés soient clairement reconnus²²⁹, il faut que les biens fassent l'objet d'une protection spéciale, il faut que les actes hostiles dirigés contre ces biens provoquent leur destruction sur une grande échelle, il faut que ces biens ne soient pas utilisés par la Partie

²²⁸ *Convention des Nations Unies pour l'élimination et la répression du crime d'apartheid* (1976), Doc. ONU ST / HR / 1 / Rev. 5, 1994, p.80. Voir l'article 1: “Les États parties à la présente Convention déclarent que l'apartheid est un crime contre l'humanité et que les actes inhumains résultant des politiques et pratiques d'apartheid et autres politiques et pratiques semblables de ségrégation et de discrimination raciales, définis à l'article II de la Convention, sont des crimes qui vont à l'encontre des normes du droit international, en particulier des buts et des principes de la Charte des Nations Unies, et qu'ils constituent une menace sérieuse pour la paix et la sécurité internationales.”

²²⁹ Voir PICTET, J., *Commentaires des Protocoles additionnels*, op. cit., note 186, pp. 1026-1027. Puisque le sens des mots “clairement reconnus” n'a pas été explicité durant la Conférence diplomatique, cela permet deux interprétations, soit qu'il s'agit d'une notion d'identification ou encore d'une reconnaissance du droit à la protection. Selon Bruno Zimmerman, dans les deux cas cela ne pose pas de problème car l'exigence de l'intention implique que l'attaquant connaisse la qualité de ce qu'il attaque et la reconnaissance du droit à la protection est implicite en raison de l'exigence d'un arrangement particulier.

adverse à l'appui de l'effort militaire et finalement que ces biens ne soient pas localisés à proximité immédiate d'objectifs militaires. Bien que l'objectif visé par cette infraction grave soit louable en plus d'être une nette amélioration sur le régime prévu par la Convention de La Haye du 14 mai 1954²³⁰, le fardeau de preuve en est très lourd et rend peu probable une condamnation.

“Le fait de priver une personne protégée par les Conventions ou visée au paragraphe 2 du présent article de son droit d’être jugée régulièrement et impartialement.”

Le but visé par ce sous paragraphe est de s'assurer que les garanties judiciaires prévues par l'article 75 (Garanties fondamentales) s'ajoutent à celles des Conventions lorsqu'elles les complètent ou les explicitent. Puisque selon les articles 130 de la III ième Convention et 147 de la IV ième Convention, le fait de priver une personne protégée de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement selon les prescriptions de ces Conventions est une infraction grave, le présent sous-paragraphe complète les dispositions pénales des Conventions.

230

Convention de LaHaye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (1954), 249 R.T.N.U. 240. L'article 28 de la Convention (sanctions) ne traite que de répression nationale en fonction de l'engagement des Parties, de prendre les mesures nécessaires, dans le cadre de leur juridiction criminelle normale, afin de poursuivre et de punir les personnes, peu importe la nationalité, qui ont commis ou ordonner que soit commise une violation à la Convention.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

Le désir de la communauté internationale de réglementer les hostilités au cours des conflits armés internationaux ne date pas d'hier. On ne peut en dire autant toutefois pour les conflits armés ne présentant pas un caractère international puisque les États ont toujours hésité à reconnaître de tels conflits comme étant autre chose que des situations de troubles internes relevant uniquement et strictement, en vertu du principe de la souveraineté des États, de leur droit interne.

Cela n'a pas empêché l'évolution constante et systématique du droit international humanitaire (DIH) depuis le jour où Henry Dunant se découvrait une vocation pour la protection des victimes de la guerre à Solferino en 1859. Au cours de cette période, le droit international humanitaire s'est développé suivant une division entre le droit de La Haye régissant la conduite des hostilités et le droit de Genève, symbole de la protection des victimes des conflits armés. Cette division s'est toutefois graduellement estompée jusqu'à l'adoption des Protocoles additionnels aux Conventions de Genève qui ont le mérite d'avoir actualisé et en quelque sorte jumelé ces deux composantes du DIH dans un même instrument.

L'adoption des Conventions de Genève en 1949 et des Protocoles additionnels à ces Conventions en 1977 a grandement contribué à la pénalisation des infractions au droit international humanitaire. Le système de répression des "infractions graves" institué par ces instruments a joué un rôle de premier plan face à la définition des infractions et l'identification des personnes qui peuvent en être tenues responsables selon certaines circonstances précises. Le rôle du Comité international de la Croix-Rouge à cet égard mérite d'être souligné. L'adoption des Conventions de Genève qui aujourd'hui lient plus de 188 États, est le fruit du travail sans relâche de cette organisation qui a su faire comprendre à la communauté internationale l'importance du droit humanitaire. Notons toutefois, qu'en voulant empêcher les États de se servir du droit pour manquer à leurs obligations humanitaires, le CICR a involontairement contribué à créer la dichotomie existante entre les conflits armés

internationaux et ceux ne présentant pas un caractère international. Cette distinction nuit à la mise en oeuvre du droit international humanitaire et prive les victimes de conflits armés à caractère interne, d'une partie de la protection qu'offre le droit.

Quant à la répression des infractions comme moyen de mise en oeuvre du DIH, la création du Tribunal militaire international de Nuremberg a clairement démontré, en dépit des nombreuses tentatives de créer un organe similaire qui ont avorté auparavant, qu'il était possible pour la communauté internationale de surmonter les obstacles juridiques et de mener à bien cette entreprise si importante. En faisant appel aux dispositions des Conventions de La Haye reconnues par le Tribunal comme étant représentatives du droit coutumier, le Tribunal de Nuremberg s'est appuyé sur du droit existant. Toutefois, le Tribunal de Nuremberg a également contribué au développement du droit, notamment en ce qui a trait aux crimes contre l'humanité ainsi qu'aux principes généraux applicables à ce type de juridiction. Malheureusement, comme ce fut le cas suite au premier conflit mondial, le *momentum* créé par le Tribunal de Nuremberg en vue de la création d'un tribunal pénal international permanent n'a pas eu de suite.

Considérant l'expérience pratique du Tribunal de Nuremberg en tant qu'organe conventionnel, de même que le développement subséquent du droit international humanitaire via l'adoption des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels à ces Conventions, force est de conclure que les outils nécessaires à la répression des infractions existent.

Pourtant, il n'y a toujours pas de tribunal pénal international permanent et la répression des infractions commises lors de conflits non internationaux demeure un sujet nébuleux.

DEUXIÈME PARTIE

LA CONSOLIDATION EXTRA-CONVENTIONNELLE DE LA PÉNALISATION

Plus que jamais, le conflit en ex-Yougoslavie de 1991 à 1995 a ranimé la ferveur de tous ceux qui depuis longtemps pronent la nécessité d'un tribunal pénal international permanent. L'ampleur des massacres qui ont suivi les indépendances proclamées par la Slovénie (26 juin 1991), la Croatie (8 octobre 1991) et par la Bosnie-Herzégovine (3 au 6 mars 1992)²³¹ ont réveillé la communauté internationale au point de la voir réclamer la création d'un tribunal pénal international pour en punir les auteurs.

Quand on pense à des conflits tels que ceux en Somalie ou encore au Libéria pour ne nommer que ceux là, le conflit Yougoslave n'est probablement pas le pire auquel nous ayons assisté impuissants au cours des dernières années. Pour un conflit de même proportion en Afrique ou en Asie, une condamnation solennelle par l'Assemblée générale des Nations Unies aurait été le seul acte posé. Cela s'est toutefois avéré insuffisant pour un conflit au coeur même de l'Europe, un événement trop choquant pour la conscience occidentale.

La communauté internationale a donc décidé d'intervenir d'abord militairement par le biais du mécanisme de maintien de la paix²³², puis par la création d'un tribunal international *ad hoc*.

La création 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" de même que le processus utilisé pour ce faire, n'ont laissé

²³¹ E. DAVID, "Le Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie", (1992) 2 R.B.D.I. 565.

²³² Le 21 février 1992, par la Résolution 743(1992), le Conseil de sécurité décidait d'établir sous son autorité, une Force de protection des Nations Unies (FORPRONU) conformément au rapport du Secrétaire général déposé le 15 février (S/23592) et demandait à ce dernier de prendre les mesures nécessaires pour en assurer le déploiement le plus rapidement possible. Cette résolution fut suivie des résolutions 749(1992) le 7 avril 1992, 752(1992) le 15 mai 1992, 757(1992) le 30 mai 1992, 758(1992), le 8 juin 1992, 761(1992) le 29 juin 1992, 770(1992) le 13 août 1992 et 771(1992) le 13 août 1992, résolution qui mettait en branle le processus menant à la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

personne indifférent. Un nombre impressionnant de difficultés juridiques de longue date ont été résolues en un temps record, ce qui a eu parfois pour effet de choquer certains intervenants potentiels dont plusieurs éminents juristes qui ont tout à tour analysé, critiqué, acclamé ou encore cautionné avec réserve la création du Tribunal²³³.

Bien que notre propos dans le cadre du présent mémoire se limite au champ d'application, à la portée et au contenu des infractions sur lesquelles le Tribunal a juridiction selon son statut²³⁴, il est utile à ce stade-ci de s'interroger sur le pourquoi de sa création ainsi que sur le processus ayant mené à sa création.

Rappelons que le coup d'envoi fut donné le 13 août 1992 lorsque le Conseil de sécurité, prenant acte de la lettre datée du 10 août émanant du Représentant permanent de la République de Bosnie-Herzégovine auprès de l'Organisation des Nations Unies²³⁵, adopta la Résolution 771(1992) par laquelle il demande:

“(…) demande aux États et, le cas échéant, aux organisations humanitaires internationales de rassembler les informations étayées qu'ils détiennent ou qui leur ont été communiquées au sujet des violations du droit humanitaire, y compris des violations graves des Conventions de Genève, commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, et de mettre ces informations à la disposition du Conseil...”

Un peu plus tard, soit le 6 octobre 1992, le Conseil de sécurité adoptait une nouvelle

233 A. ANDRIES, *Les aléas juridiques de la création d'un tribunal international pour les crimes de guerre commis depuis 1991 sur le territoire de l'ex-Yougoslavie*, Journal des procès, (Bruxelles) no. 239, 14 mai 1993, p.17, E. DAVID, *Le Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie*, (1992) 24 R.B.D.I., 565, J. O'BRIEN, *The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia*, (1993) 87 A.J.I.L. 639, A. PELLET, *Le tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie: poudre au yeux ou avancée décisive?*, (1994) 48 R.G.D.I.P. 7, J. QUINTANA, *Les violations du droit international humanitaire et leur répression: Le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie*, (1994) 76 R.I.C.R.247, T.D. MAK, *The Case Against an International War Crimes Tribunal for the Former Yugoslavia*, (1995) International Peacekeeping, Frank Cass, London, pp. 536-563.

234 *Statut du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991*, Doc. ONU S/RES/827 (1993), 25 mai 1993. Voir aussi *Documents de référence, Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie*, TPIY, Netherlands, 1995, p. 1-27.

235 Lettre du Représentant permanent de la République de Bosnie-Herzégovine auprès de l'Organisation des Nations Unies, Doc. ONU S / 24378, 10 août 1992.

résolution²³⁶ constituant une commission impartiale d'experts. Le 14 octobre, tel que demandé par le Conseil de sécurité²³⁷, le Secrétaire général déposait son rapport²³⁸ sur le processus qu'il entendait utiliser pour instituer la Commission et les membres en étaient nommés le 26 du même mois. On ne peut passer sous silence le débat juridique suscité par la création d'une commission d'experts ad hoc²³⁹ par le Secrétaire général alors que la Commission internationale d'établissement des faits (CIEF) constituée conformément à l'article 90²⁴⁰ du premier Protocole additionnel aux Conventions de Genève et opérationnelle depuis 1990, attendait toujours en coulisse qu'on lui confie sa première enquête. Pour Olivier Russbach entre autres, il s'agit tout simplement d'un détournement du droit international par l'Organisation des Nations Unies²⁴¹. Nonobstant la pertinence de telles remarques, dans un contexte où la création du tribunal a été liée au processus de maintien de la paix, l'urgence commandait alors une décision rapide en dépit des difficultés juridiques sous-jacentes.

Pour les fins de notre étude, les travaux de la Commission d'experts sont significatifs à plusieurs égards.

Tout d'abord, en fonction du mandat qui lui a été confié de fournir au Secrétaire général ses conclusions sur les violations graves des Conventions de Genève **et les autres violations du droit humanitaire international** (nos soulignés) dont on aurait la preuve qu'elles ont été commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie, la Commission n'a eu d'autre

236 Résolution 780 (1992) adoptée le 6 octobre 1992.

237 *Id.*, para. 3.

238 *Rapport du Secrétaire général établi conformément à la Résolution 780 (1992) du Conseil de Sécurité*, Doc. ONU S / 24657, 14 octobre 1992.

239 Les travaux de la Commission commencèrent en novembre 1992 pour se terminer en avril 1994. Au cours de cette période, la Commission tint 12 sessions de travail et conduisit plusieurs enquêtes sur place, utilisant au maximum les offres d'assistance de Gouvernements et d'organisations non-gouvernementales. Deux rapports intermédiaires présentés le 9 février 1993 et le 5 octobre 1993 précédèrent le dépôt du rapport final le 24 mai 1994.

240 S. IHRAI, "Les mécanismes d'établissement des faits dans les Conventions de Genève de 1949 et dans le Protocole I de 1977", in F. KALSHOVEN, Y. SANDOZ et al. (éd), *Mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, p.153.

241 RUSSBACH, O., "*ONU contre ONU, le droit international confisqué*", Paris, La Découverte, 1994.

choix que d'analyser le droit applicable au conflit yougoslave de même que les infractions possibles qui en découlent. En conséquence, la Commission a eu un impact significatif sur la compétence *rationae materiae* incluse dans le statut du tribunal ad hoc à naître, sur la foi des conclusions qu'elle a dû tirer à partir de l'information qui lui a été transmise et qu'elle a recueillie en vertu des résolutions 771 (1992) et 780 (1992).

Deuxièmement, le premier rapport intérimaire de février 1993 dans lequel la Commission concluait que la création d'un tribunal pour crimes de guerre ad hoc par le Conseil de sécurité ou par un autre organe international serait en harmonie et en conformité avec ses travaux²⁴², a eu un impact considérable sur la décision du Conseil de sécurité d'établir un tel tribunal ad hoc.

D'autres études effectuées au cours de la même période de même que d'autres rapports acheminés au Conseil de sécurité par l'entremise du Secrétaire général ont également eu un effet significatif. Parmi ceux là, notons le rapport d'un comité de juristes français présenté par la France²⁴³, celui d'une commission de juristes déposé par l'Italie²⁴⁴ ainsi que le rapport préparé par le Représentant permanent de la Suède, au nom du Président en exercice des États participants à la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE)²⁴⁵. Ces trois rapports traitaient spécifiquement de la création et du statut éventuel d'un tribunal pénal international qui serait compétent pour juger les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et les violations sérieuses de certaines conventions internationales commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie. En conséquence, les trois rapports ont examiné le droit applicable au conflit, les infractions possibles qui en découlent et la compétence *rationae materiae* du tribunal appelé à les juger.

²⁴² *Rapport intérimaire de la Commission d'experts constituée conformément à la Résolution 780(1992) du Conseil de sécurité, Doc ONU S/ 25274, 9 février 1993. para. 74, p. 20.*

²⁴³ *Rapport sur la création d'un tribunal pénal international présenté par la France, Doc. ONU s / 25266.*

²⁴⁴ *Rapport sur la création d'un tribunal pénal international présenté par l'Italie, Doc. ONU s / 25300.*

²⁴⁵ *Rapport sur la création d'un tribunal pénal international par la CSCE, Doc. ONU. S / 25307.*

Le 22 février 1993, suite aux travaux de la Commission d'experts et suivant ces trois rapports, le Conseil de sécurité adoptait la Résolution 808 (1993)²⁴⁶ par laquelle il constatait que les violations généralisées du droit humanitaire international sur le territoire de l'ex-Yougoslavie constituait une menace à la paix et à la sécurité internationale et décidait de créer un tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de ces violations. La résolution invitait également le Secrétaire général à lui soumettre le plus tôt possible et si possible au plus tard dans les 60 jours, des propositions concrètes en vue de la création de ce tribunal.

Le Statut du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 fut finalement adopté le 25 mai 1993 par le biais de la Résolution 827 (1993) adoptée par le Conseil de sécurité suivant le rapport établi par le Secrétaire général en application du paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993).

Plusieurs juristes ont questionné le pouvoir du Conseil de sécurité de créer un tel organe en fonction des pouvoirs que la Charte lui reconnaît²⁴⁷. Selon Andries, l'exercice d'un tel pouvoir par le Conseil de sécurité est manifestement exorbitant par rapport aux fonctions et pouvoirs qui lui sont dévolus par la Charte²⁴⁸. Pour Éric David toutefois²⁴⁹, l'exercice de cette compétence serait légitime dans le cas particulier du conflit yougoslave car ce conflit porte objectivement atteinte à la paix et à la sécurité internationale. Ainsi, le Conseil de sécurité serait parfaitement fondé à invoquer le chapitre VII de la Charte pour justifier la création du Tribunal.

²⁴⁶ Résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, adoptée le 22 février 1993.

²⁴⁷ Charte des Nations Unies, *op.cit.* note 2, art. 24-26.

²⁴⁸ ANDRIES, A., *loc.cit.*, note 233, p.17.

²⁴⁹ DAVID, E., *op. cit.* note 95, p. 630.

Il est tout de même important de mentionner que la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY ou Tribunal pour l'ex-Yougoslavie) par le Conseil de sécurité, au moyen d'une résolution adoptée en vertu du chapitre VII de la Charte, a été contestée par le tout premier accusé jugé par le Tribunal, Duško Tadić²⁵⁰.

La motion présentée par la défense fut entendue les 25 et 26 juillet 1995 et le Tribunal rendit sa décision le 10 août. Par un verdict unanime, le Tribunal rejeta la motion concernant la primauté et la compétence du Tribunal et refusa de se prononcer sur la légalité de la création du Tribunal car la révision des décisions du Conseil de sécurité n'était pas de sa compétence²⁵¹.

Duško Tadić décida de porter ce jugement en appel. L'appel interlocutoire fut entendu les 7 et 8 septembre 1995 et la chambre d'appel rendit sa décision le 2 octobre 1995²⁵². La décision de première instance fut confirmée quant à la primauté et la compétence du Tribunal et la chambre d'appel statua qu'elle avait compétence pour se prononcer sur la légalité de la création du Tribunal par le Conseil de sécurité. Les arguments de la défense à ce sujet furent rejetés à quatre contre un, le Juge Li étant dissident²⁵³.

²⁵⁰ *Le Procureur c. Duško Tadić*, Opinion et jugement devant la Chambre de première instance, 7 mai 1997, Doc ONU IT-94-1-T, Duško Tadić a été arrêté au mois de février 1994 en Allemagne où il vivait à ce moment. On le soupçonnait alors d'avoir commis des infractions en 1992 au camp d'Omarska dans l'ancienne Yougoslavie, incluant la torture et la participation à un génocide, des crimes punissables en vertu du droit allemand. Il fut transféré au Tribunal le 24 avril 1995 suite à une requête du Procureur en vertu de l'article 9 du Règlement de procédure et de preuve et une demande officielle de désaisissement par le Tribunal au gouvernement de la République fédérale d'Allemagne. Entre temps, l'acte d'accusation à l'encontre de Tadić et d'un co-accusé, Goran Borovnica, comprenant pas moins de 132 chefs d'accusation avait été confirmé par le Juge Karibi-Whyte au mois de février. Duško Tadić comparaisait officiellement devant le Tribunal le 26 avril 1995 et le 23 juin 1995 il présentait, par l'entremise de ses procureurs, une motion préliminaire à trois volets. Il contestait alors la légalité de la création du Tribunal par le Conseil de sécurité, la primauté du Tribunal sur les tribunaux internes de même que la compétence *rationae materiae* du Tribunal.

²⁵¹ Notons que la question du contrôle de la légalité des actes du Conseil de sécurité a fait l'objet de nombreux débats et réflexions surtout depuis l'affaire Lockerbie, (*Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique*) 3 mars 1992, opinion de Mohammed Bedjaoui. Voir aussi *id.*, para. 15, p. 6.

²⁵² *Id.*, paragraphe 16. p. 7.

²⁵³ *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, 2 octobre 1995, Doc ONU IT-94-1-AR72, paragraphe 146, p. 75.

Le procès de Duško Tadić débuta le 7 mai 1996, le 7 mai 1997 il était trouvé coupable de 11 chefs d'accusation sur 34²⁵⁴ et le 14 juillet 1997 il était condamné à 20 ans d'emprisonnement dont dix ans incompressibles²⁵⁵. Le même jour, l'avocat de Duško Tadić annonçait son intention d'en appeler du jugement²⁵⁶.

Pour les fins du présent mémoire, et ce à la lumière de la décision de la chambre d'appel sur la légalité de la création du Tribunal par le Conseil de sécurité, notons que puisque le tribunal est créé par une décision du Conseil de sécurité, son Statut et les conséquences juridiques qui en découlent s'imposent à tous les États conformément à l'effet juridique de telles décisions en vertu des articles 25 et 102 de la Charte²⁵⁷.

²⁵⁴ *Le Procureur c. Duško Tadić*, Opinion et jugement devant la Chambre de première instance, *précité* note 250, pp. 300-01.

²⁵⁵ Presse canadienne (PC), "*Ses crimes contre l'humanité coûtent cher à Dusan Tadic*", reproduit dans le Journal de Montréal, Communication Québecor, Montréal, 15 juillet 1997, p. 38.

²⁵⁶ *Id.*

²⁵⁷ *E. David, op.cit., note 85, p. 630.*

CHAPITRE I. LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE ET LE CHAMP D'APPLICATION DES INFRACTIONS PRÉVUES PAR LE STATUT DU TRIBUNAL.

La compétence *rationae materiae* du Tribunal est énumérée aux articles 2, 3, 4 et 5 du Statut. Le Tribunal international est compétent pour poursuivre les personnes ayant commis quatre catégories d'infraction à savoir: les violations des lois ou coutumes de la guerre (article 2), les infractions graves aux Conventions de Genève (article 3), le génocide (article 4) et les crimes contre l'humanité (article 5). Le premier accusé jugé par le Tribunal, Duško Tadić²⁵⁸, avait été inculpé sous 34 chefs d'accusation couvrant les quatre catégories. Avant d'aborder le contenu et la portée de ces infractions, il convient d'analyser leur champ d'application tant sur le plan des auteurs qui pourraient en être trouvés coupables que sur celui du contexte particulier dans lequel elles doivent avoir été commises. Pour être de la compétence du Tribunal, les infractions doivent avoir été commises au cours d'un conflit armé, sur un territoire défini, pendant une période précise dans le temps.

SECTION I. LE COMPÉTENCE DU TRIBUNAL.

A. La compétence *rationae temporis*

Selon l'article 8 de son Statut²⁵⁹, la compétence du Tribunal est limitée aux faits survenus entre le premier janvier 1991 et une date que déterminera le Conseil de sécurité après le retour à la paix. Le Tribunal est donc tout comme les tribunaux de Nuremberg et de

²⁵⁸ *Acte d'accusation, Le Procureur du tribunal contre Duško Tadić*, 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, Case No IT-94-1-AR72.

²⁵⁹ *Statut du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991*, Doc ONU S/RES/827(1993), 25 mai 1993..

Tokyo de juridiction circonstancielle. À cet égard, il est intéressant de comparer le langage des résolutions 808 (1993), (décision de créer un tribunal) et 827 (1993) (adoption du statut du Tribunal) du Conseil de sécurité. Le paragraphe 2 de la Résolution 827 (1993) reprend la formulation du paragraphe 2 de la Résolution 808 (1993) bien que l'objectif poursuivi par le Tribunal y soit confirmé par l'ajout des mots "(...) **dans le seul but** de juger les personnes présumées responsables de violations graves au droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie (...)".(nos soulignés)

Il est utile de se demander pourquoi le Conseil de sécurité a choisi la date du 1er janvier 1991 comme point de départ pour la juridiction temporelle du tribunal. La Commission d'experts elle, ne s'était pas prononcée sur le sujet en dépit du fait que le mandat qui lui a été confié par le Secrétaire général ne spécifiait aucune date de départ pour ses travaux de recherche sur la preuve que des violations graves du droit humanitaire international ont été commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie²⁶⁰. Le rapport présenté par la France suggérait quant à lui, le 25 juin 1991 comme point de départ²⁶¹.

Pour aboutir à cette conclusion, les juristes français avaient d'abord considéré le pouvoir du Conseil de sécurité pour créer le Tribunal, pouvoir limité dans le temps au jour où il a constaté pour la première fois que la situation dans l'ex-Yougoslavie représentait une menace pour la paix et la sécurité internationales, à savoir le 25 septembre 1991²⁶². Ainsi ils concluaient qu'il serait inapproprié, voire difficilement justifiable d'étendre la compétence du tribunal aux crimes commis avant cette date ou à tout le moins avant le début des hostilités ayant entraîné l'adoption de la Résolution 713 (1991). Selon eux, cette date coïncide avec le début du processus de dissolution de l'ex-Yougoslavie dont les dates significatives sont les suivantes:

²⁶⁰ *Rapport final de la Commission d'experts constituée conformément à la Résolution 780(1992) du Conseil de sécurité*, Doc ONU S/1994/674 , 24 mai 1994 , para. 1-4, p. 7.

²⁶¹ *Rapport sur la création du tribunal présenté par la France, op.cit.* note 172, paragraphe 81 p. 20.

²⁶² *Id.*, paragraphe 79, page 23, Résolution 713 (1991) du Conseil de sécurité adoptée le 25 septembre 1991.

- “(a) 25 juin 1991 - Proclamation de l’indépendance de la Croatie et de la Slovénie;
- (b) 27 juin 1991 - Intervention de l’Armée fédérale en Slovénie;
- (c) 3 juillet 1991 - Début des hostilités entre les milices Serbes et Croates;
- (d) 1^{er} avril 1992 - Début des hostilités entre les milices serbes et musulmanes et début du siège de Sarajevo, un mois suivant le référendum sur l’indépendance de la Bosnie-Herzégovine.”²⁶³

Dans leur rapport, les juristes français optaient finalement pour le 25 juin 1991²⁶⁴, date du premier acte juridique vers la dissolution de la République Fédérale Socialiste de Yougoslavie. Selon le rapport du Secrétaire général établi conformément à la Résolution 808 (1993)²⁶⁵ du Conseil de sécurité, la date du 1^{er} janvier 1991 a été choisie car il s’agit d’une date neutre qui n’est liée à aucun événement précis et qui vise manifestement à dénoter qu’aucun jugement n’est porté sur le caractère international ou interne du conflit.

Duško Tadić n’ayant pas été accusé pour des actes commis entre le premier janvier et le 25 juin 1991, il faudra attendre que des accusations soient portées en rapport avec des actes commis au cours de cette période avant que la compétence *rationae temporis* du Tribunal ne soit contestée.

Il est intéressant de noter toutefois, que la compétence du Tribunal dépend également comme nous le verrons, de l’existence d’un conflit armé²⁶⁶, un fait difficile à établir avant le 27 juin 1991. Pour cette raison, nous en concluons qu’il serait surprenant que des accusations soient portées contre quiconque, pour des faits commis avant le 27 juin 1991, malgré le fait que la compétence *rationae temporis* du Tribunal remonte officiellement au 1^{er} janvier 1991.

²⁶³ *Id.*, paragraphe 80, page 23.

²⁶⁴ *Id.*, paragraphe 81, page 23.

²⁶⁵ *Rapport du Secrétaire général établi conformément à la Résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité*, Doc. ONU S/25704, 3 mai 1993.

²⁶⁶ *Infra.*, pp. 88-90.

B. La compétence *rationae loci*.

La compétence du tribunal est limitée aux faits survenus à l'intérieur d'un espace géographique précis soit le territoire de l'ex-Yougoslavie²⁶⁷, y compris son espace terrestre, son espace aérien, et ses eaux territoriales. En guise de comparaison, il s'agit d'une compétence beaucoup plus restreinte sur le plan géographique que celle du tribunal international militaire de Nuremberg qui devait juger les criminels de guerre dont les crimes sont sans localisation précise. Cela s'explique en partie par la nature du second conflit **mondial** (nos soulignés). Selon le rapport présenté par la France toutefois, la compétence *rationae loci* du tribunal est directement reliée à la compétence du Conseil de sécurité pour créer le Tribunal²⁶⁸.

En d'autres mots, selon les juristes français le Conseil de sécurité ne pouvait pas habiliter le Tribunal à juger des infractions commises dans un endroit autre que celui pour lequel il a constaté l'existence d'une atteinte au maintien de la paix et de la sécurité internationale conformément à l'article 39 de la Charte. D'ailleurs, selon une de leurs hypothèses, ils affirment que le Conseil de sécurité aurait pu décider en appliquant strictement le droit, de limiter la compétence du Tribunal à des infractions commises dans certains secteurs précis de l'ex-Yougoslavie. Selon eux toutefois, l'imposition de telles limites aurait été désastreux car cela aurait pu être interprété comme un jugement préliminaire arbitraire sur la culpabilité ou l'innocence de certains accusés.

Il est intéressant de noter à ce sujet qu'une infraction commise sur le territoire allemand par exemple, dans le prolongement du conflit entre les parties aux prises dans l'ex-Yougoslavie, ne serait pas de la compétence du tribunal même si elle était commise après le 1^{er} janvier 1991 par des ressortissants relevant de l'une ou l'autre faction.

²⁶⁷ *Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, op.cit. note 259, art. 8.*

²⁶⁸ *Rapport présenté par la France, op.cit. note 243, para. 71-73, p. 22.*

SECTION II LE CHAMP D'APPLICATION DES INFRACTIONS PRÉVUES PAR LE STATUT DU TRIBUNAL

Il va de soi que le Tribunal devra d'abord se prononcer au moment d'exercer sa compétence *rationae temporis* et *rationae loci*, dans un premier temps sur l'existence d'un conflit armé au moment de la commission des infractions et dans un second temps, sur la nature du conflit à savoir international ou interne.

A. Le champ d'application *rationae contexti*.

Sur ce point, la Commission d'experts concluait à la surprise générale dans son rapport intérimaire du 9 février 1993 :

“The Commission is of the opinion, however, that the character and complexity of the armed conflicts concerned, combined with the web of agreements on humanitarian issues the parties have concluded among themselves, justify an approach whereby it applies the law applicable in international armed conflicts to the entirety of the armed conflicts in the territory of the former Yugoslavia”

Il est difficile de se prononcer sur la portée de cette conclusion par la Commission. Il semblerait toutefois à première vue, que la question de l'existence d'un conflit armé ne se posait même pas pour la Commission. Il semblerait également que la question de savoir si ce conflit armé était de nature internationale ou interne était secondaire pour la Commission car elle avait décidé de n'appliquer que le droit concernant les conflits armés internationaux.

Ce manque de rigueur de la Commission fut souligné par plusieurs. Pour Éric David toutefois, ce que le droit y perd en rigueur, il le regagne en humanité :

“En faisant fi de toute nuance, la Commission aura au moins eu le mérite de chercher à faire progresser le droit humanitaire en assouplissant ses conditions d'application...”²⁶⁹

Cela ne l'a pas empêché de conclure par contre que le Tribunal devra, avant d'exercer

269

E. DAVID, *loc.cit.* note 233, p. 572.

sa compétence *rationae materiae*:

“(…) déterminer soigneusement le droit applicable à chaque infraction en fonction de paramètres tels que la nature du conflit (interne ou international) et le moment de l’infraction (application du droit liant l’État yougoslave, ou du droit liant l’État successeur).”²⁷⁰

Ainsi, lorsque le Tribunal voudra appliquer une norme internationale à un accusé, il devra vérifier dans chaque cas si au moment de l’infraction, la norme s’appliquait au territoire où cette infraction a été commise.

Notons que la Commission d’experts devait par la suite corriger le tir dans son rapport final, en accord avec la conclusion du Professeur David:

“However, the precise time at which the different stages of this multiparty conflict became or ceased to be a conflict of an international character must be determined by a review of legally relevant facts. This determination must be made by the International Tribunal.”²⁷¹

“L’existence d’un conflit armé.”

La question de l’existence d’un conflit armé fut soulevée par le tout premier accusé jugé par le Tribunal lors de son appel interlocutoire²⁷².

Dans sa motion devant la Chambre de première instance, l’accusé avait d’abord prétendu que la juridiction du Tribunal en vertu des articles 2, 3 et 5 de son Statut était limitée aux infractions commises lors d’un conflit armé international. En conséquence, le Tribunal n’avait pas juridiction selon lui car les crimes allégués, même s’ils étaient prouvés, avaient été

²⁷⁰ E. DAVID, *op.cit.*, note 95, p. 632.

²⁷¹ *Rapport final de la Commission d’experts*, *loc.cit.* note 260, para. 307, p. 70.

²⁷² *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l’appel de la défense concernant l’exception préjudicielle d’incompétence*, *précité*, note 253, p. 35.

commis dans le cadre d'un conflit interne²⁷³. La chambre de première instance a rejeté cet argument au motif que la notion de conflit international n'est pas un critère qui peut affecter la juridiction du tribunal en vertu de l'article 2 du Statut tandis que les articles 3 et 5 s'appliquent tant lors de conflits internes que lors de conflits internationaux²⁷⁴.

En appel de cette décision, l'accusé souleva un moyen additionnel voulant que le tribunal n'ait pas compétence puisqu'il n'y avait aucun conflit armé dans la région au moment où les crimes ont été commis.

Rendant sa décision sur l'appel interlocutoire de l'accusé, le Juge Cassese pour la majorité (4-1)²⁷⁵, mentionne d'abord que l'appelant a tout à fait raison quand il soutient que l'existence d'un conflit armé est un pré-requis à toute violation au droit international humanitaire qui gouverne tant les conflits armés internes que les conflits armés internationaux. Il conclut ensuite suivant son analyse de certaines dispositions des Conventions et des Protocoles, qu'un conflit armé existe lorsqu'il y a recours à la force armée entre des États ou violence armée prolongée entre des autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes à l'intérieur d'un État. Quant au droit international humanitaire, il s'applique du début des hostilités jusqu'à la conclusion d'un accord de paix. Entre temps, le droit international humanitaire continue de s'appliquer sur tout le territoire des États belligérants ou dans le cas de conflits internes, sur le territoire complet sous le contrôle d'une partie, qu'il y ait ou non des combats à cet endroit.

Appliquant ce raisonnement aux faits en litige, le Juge Cassese en arrive à la conclusion que les infractions alléguées ont bel et bien été commises lors d'un conflit armé.

273 *Ibid.*

274 *Ibid.*

275 *Id.*, p. 36-38.

Notons toutefois que la Chambre d'appel ne s'est pas prononcée directement sur la question du lien de connexité entre les actes de l'accusé et l'existence d'un conflit armé. Le jugement final de la chambre de première instance a rempli ce vide sous la plume du juge McDonald. Selon elle:

“The existence of an armed conflict or occupation and the applicability of international humanitarian law to the territory is not sufficient to create international jurisdiction over each and every serious crime committed in the territory of the former Yugoslavia. For a crime to fall within the jurisdiction of the International Tribunal, a sufficient nexus must be established between the alleged offence and the armed conflict which gives rise to the applicability of international humanitarian law.”²⁷⁶

Appliquant ce raisonnement aux faits de la cause, elle en arrivait finalement à la conclusion que le Tribunal avait juridiction pour juger l'accusé.

“La nature du conflit armé.”

Pour la Commission d'experts, la nature du conflit armé au cours duquel des infractions alléguées auraient été commises est importante car depuis 1949, le droit a toujours fait la distinction entre les conflits internationaux d'une part et les conflits non-internationaux d'autre part²⁷⁷. La Commission constate qu'il y a en général moins de règles pour les conflits internes et que ces règles sont moins précises²⁷⁸. De plus, si le droit coutumier applicable aux conflits armés internationaux est bien établi, il en est tout autrement pour le droit coutumier applicable lors de conflits internes²⁷⁹.

En conséquence, la Commission concluait que si un conflit armé est classifié comme étant international, alors les infractions graves aux Conventions de Genève incluant le

²⁷⁶ *Le Procureur c. Duško Tadić, Opinion et jugement devant la Chambre de première instance, précité*, note 250, p. 207.

²⁷⁷ *Rapport intérimaire de la Commission d'experts, loc.cit.* note 242, para. 41, p. 14.

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ *Rapport final de la Commission d'experts, loc.cit.*, note 260, para. 42, p. 13.

Protocole I additionnel²⁸⁰ s'appliquent, au même titre que les violations aux lois et coutumes de la guerre²⁸¹.

À l'opposé, le droit conventionnel applicable aux conflits armés internes selon la Commission, se retrouve à l'article 3 commun aux Conventions de Genève, dans le Protocole II additionnel aux Conventions de Genève et finalement à l'article 19 de la Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé²⁸². La Commission note d'ailleurs que ces sources n'utilisent pas le terme "infractions graves" ou "crimes de guerre". Ainsi, à moins que les parties à un conflit armé interne ne s'entendent autrement, les seules infractions pour lesquelles il existe une compétence universelle dans un tel cas, sont les crimes contre l'humanité et le génocide qui s'appliquent sans égard à la classification du conflit²⁸³.

Ces conclusions de la Commission d'experts rejoignent les propos du Professeur David sur le droit applicable par le Tribunal, en l'occurrence le droit des conflits armés, lorsqu'il dit:

"Or ce droit ne s'applique intégralement que dans l'hypothèse d'un conflit armé international, et très partiellement dans l'hypothèse d'un conflit armé interne. Il faudra par conséquent commencer par déterminer quelle est la nature des conflits..."²⁸⁴

280 Il est intéressant de constater sur ce point, que le mandat confié à la Commission d'experts ne faisait pas référence aux Protocoles additionnels, il était plutôt question des "violations graves aux Conventions de Genève et les autres violations du droit humanitaire international". Notons tout d'abord que la notion de "violation grave" n'existe pas dans les Conventions, il y est plutôt question "d'infractions graves". C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la Commission dans son premier rapport intérimaire au paragraphe 37 interprétait la notion de droit humanitaire international comme étant synonyme de "règles du droit international applicables dans les conflits armés" tel que défini à l'article 2(b) du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève, c'est à dire: "règles énoncées dans les accords internationaux auxquels participent les Parties au conflit ainsi que des principes et règles du droit internationalement reconnus qui sont applicables aux conflits armés". De là, la référence aux protocoles additionnels où selon la Commission on retrouve d'abord ces règles.

281 *Ibid.*

282 *Convention de LaHaye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, loc.cit., note 14, art. 19.*

283 *Rapport final de la Commission d'experts, loc.cit., note 260, para. 42, p. 13.*

284 E. DAVID, *loc.cit.*, note 233, para. 9, p. 570.

Curieusement, les juristes français ne se sont pas prononcés dans leur rapport sur l'impact de la qualification du conflit sur les infractions qui seraient de la juridiction du Tribunal²⁸⁵. Quant aux experts réunis à Vancouver, ils se contentèrent de souligner que la qualification du conflit en ex-Yougoslavie de même que la capacité du Tribunal à se prononcer sur cette question pourraient avoir un impact sur l'éventail des infractions qui seraient de sa compétence. Ils notaient toutefois que la notion de crime de guerre ne se limite pas aux infractions graves au droit international humanitaire²⁸⁶.

Suite à la motion préliminaire de Duško Tadić rejetée par la chambre de première instance, la chambre d'appel du Tribunal a dû se prononcer sur la juridiction du Tribunal eut égard à la nature des conflits en ex-Yougoslavie²⁸⁷.

Malgré la conclusion de la Chambre de première instance voulant que la notion de conflit international ne soit pas un critère qui peut affecter la juridiction du tribunal en vertu de l'article 2 du Statut et que les articles 3 et 5 s'appliquent tant lors de conflits internes que lors de conflits internationaux, le Juge Cassese soulignait d'entrée de jeu que ces dispositions du Statut ne sont pas claires à savoir si elles s'appliquent seulement à des infractions commises lors de conflits armés internationaux ou si elles s'appliquent également aux infractions commises lors de conflits armés internes. À titre d'exemple, il cite l'article 2 du Statut²⁸⁸ qui fait référence aux "infractions graves" aux Conventions de Genève de 1949 qui selon l'entendement général, ne s'appliquent que lors de conflits armés internationaux. Ainsi, il semblerait selon lui que l'article 2 à première vue, soit limité aux conflits armés

²⁸⁵ Voir *Rapport présenté par la France*, *loc.cit.*, note 243.

²⁸⁶ Voir *Report, International Meeting of Experts on the Establishment of an International Criminal Court*, International Centre for Criminal law Reform and Criminal Justice Policy, Vancouver, Canada, 22-26 March 1993.

²⁸⁷ *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, *précité*, note 253, pp. 38-73.

²⁸⁸ *Statut du Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie*, *loc.cit.*, note 259, art. 2.

internationaux. Il souligne par contre que suivant cette logique l'article 3 du Statut²⁸⁹ s'appliquerait, en l'absence de mention spécifique à ce sujet, aux deux types de conflits. Il remarque toutefois que cela est loin d'être évident si l'on compare la rédaction de l'article 3 avec celle de l'article 5 du Statut²⁹⁰ qui lui, mentionne spécifiquement les deux types de conflits²⁹¹.

Ces constatations initiales du Juge Cassese le conduisaient à une interprétation téléologique du Statut.

Pour ce faire, il s'arrêtait d'abord à l'objectif poursuivi par le Conseil de sécurité en adoptant le Statut du Tribunal, soit de poursuivre en justice les personnes présumées responsables de violations au droit humanitaire international dans l'ex-Yougoslavie, dissuadant ainsi de nouvelles violations et contribuant au retour à la paix et à la sécurité dans la région. Il en déduisait que le contexte dans lequel le Conseil de sécurité a agi indique qu'il avait l'intention d'accomplir cet objectif sans égard à la nature des conflits en ex-Yougoslavie²⁹².

Selon lui, les membres du Conseil de sécurité savaient très bien au moment d'adopter le Statut du Tribunal par voie de résolution en 1993, que les conflits en ex-Yougoslavie pouvaient être qualifiés à la fois de conflits internes et internationaux ou alternativement, d'un conflit interne parallèle à un conflit international, d'un conflit interne internationalisé en raison de soutien en provenance de l'extérieur, d'un conflit international remplacé subséquemment par plusieurs conflits internes ou encore par une quelconque combinaison de ces

²⁸⁹ *Id.*, art. 3.

²⁹⁰ *Id.*, art. 5.

²⁹¹ *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, précité*, note 253, p. 38.

²⁹² *Id.*, paragraphe 72, p.39.

possibilités²⁹³.

La connaissance qu'avait le Conseil de sécurité du caractère mixte des conflits en ex-Yougoslavie se dégage selon lui de ses nombreuses déclarations qui ont mené à la création du Tribunal²⁹⁴. D'une part, le Conseil de sécurité a adopté plusieurs résolutions avant la création du tribunal dans lesquelles il réprouvait la présence de troupes de l'Armée Nationale Yougoslave (JNA) en Bosnie-Herzégovine et en Croatie, comme étant une violation du principe de la souveraineté des États. D'autre part, le Conseil de sécurité n'a jamais déclaré de façon explicite, dans aucune de ses résolutions, que les conflits étaient internationaux.

Sur la qualification du conflit yougoslave dans les faits, le Juge Cassese ne se prononce pas directement mais il souligne par contre que le caractère changeant des conflits se dégage des accords signés par les parties pour l'application de certaines règles du droit humanitaire²⁹⁵.

Le Procureur, de son côté, a longuement insisté sur l'argument selon lequel le Conseil a souvent fait référence aux infractions graves des Conventions de Genève, considérées comme applicables seulement lors de conflits armés internationaux. Le Juge

293 Le conflit dans l'ex-Yougoslavie a tourné en conflit armé international lors de l'implication des Forces Croates en Bosnie-Herzégovine et par la présence de troupes de l'Armée Nationale Yougoslave (JNA) en Croatie et en Bosnie-Herzégovine, du moins jusqu'à leur retrait formel le 19 mai 1992. Dans la mesure où les conflits armés se limitaient aux combats en Bosnie-Herzégovine, entre les forces du gouvernement Bosniaque et les forces rebelles "Serbes" de la Bosnie, ou encore aux combats en Croatie entre les Forces Croates et les forces rebelles "Serbes" de la Croatie, ils étaient de nature interne à moins que l'on puisse prouver l'implication directe des forces de la République Fédérale de la Yougoslavie (Serbie ou Monténégro - FRY). Pour une étude détaillée de ces différents types de conflits et du droit applicable dans chaque cas, Voir DAVID., E., *op.cit.*, note 95, pp. 93-168.

294 Voir les Résolutions du Conseil de sécurité: 752 (1992) adoptée le 15 mai 1992, 757 (1992) adoptée le 30 mai 1992), 779 (1992) adoptée le 6 octobre 1992, et 787 (1992) adoptée le 16 novembre 1992.

295 Le Juge Cassese faisait alors référence à l'accord du 27 novembre 1991 entre les représentants de la République Fédérale de Yougoslavie, de la Yugoslavia Peoples' Army, de la République de Croatie et de la République de Serbie sur la mise en oeuvre des Conventions de Genève de 1949 et du protocole additionnel I de 1977 à ces Conventions, de même qu'à l'accord du 22 mai 1992 entre les Parties au conflit en Bosnie-Herzégovine. Selon lui le premier de ces accords indique clairement qu'il s'agissait d'un conflit armé international tandis que le deuxième était tout aussi révélateur à l'effet que ce conflit était de nature interne. Dans le second cas, il utilisait la réaction du Comité International de la Croix-Rouge (CICR) avant et après la signature de l'accord pour confirmer ses propos, en fonction des différentes dispositions qui s'appliquent au CICR selon la nature d'un conflit.

Cassese mentionne d'abord que cet argument ne tient pas compte du fait que le Conseil de sécurité a aussi fait référence régulièrement aux "autres violations au droit international humanitaire" qui s'appliquent également lors de conflits internes. Il souligne ensuite que dans chacune de ses résolutions, le Conseil a mis l'accent sur les pratiques qui le préoccupaient soit les violations répétées du droit humanitaire international et ce sans égard à la nature des conflits.

Pour le Juge Cassese, que le Conseil de sécurité se soit volontairement abstenu de classer les conflits en ex-Yougoslavie et qu'il n'ait pas eu non plus l'intention de lier le futur Tribunal par une telle classification se démontre au moyen d'un argument *reductio ad absurdum*²⁹⁶. Ainsi, si le Conseil de sécurité avait catégorisé le conflit yougoslave comme étant de nature strictement international et qu'il avait décidé de lier le Tribunal par une telle interprétation, le Tribunal n'aurait eu d'autre choix que de considérer le conflit entre les autorités centrales de Bosnie-Herzégovine et les forces rebelles "serbes" de Bosnie comme étant un conflit international. Puisque les rebelles "Serbes" de Bosnie ne constituent pas un État, la seule façon d'en arriver à une telle conclusion serait une présomption implicite que les rebelles "serbes" de Bosnie ne se battent en tant que "rebelles" mais bien en tant qu'agents d'un autre État, en l'occurrence la République Fédérale de Yougoslavie. Dans un tel cas, les manquements au droit humanitaire international commis par les forces gouvernementales sur des civils "serbes" de Bosnie ne seraient pas des infractions graves puisque ces civils, étant des citoyens de Bosnie-Herzégovine, ne sont pas des personnes protégées au sens de l'article 4 paragraphe 1 de la quatrième Convention de Genève. Par contre, les mêmes atrocités commises par des rebelles "serbes" de Bosnie-Herzégovine sur des civils bosniaques sous leur contrôle, seraient des infractions graves puisque de tels civils sont des personnes protégées par les Conventions, en ce que les rebelles "serbes" de Bosnie-Herzégovine auraient commis ces infractions en tant qu'organes d'un autre État, la République fédérale de Yougoslavie, dont les civils bosniaques ne possèdent pas la nationalité. Il s'agit là pour le juge d'une

296

Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, précité, note 253, para. 76, pp. 42-43.

situation absurde car les rebelles “serbes” de Bosnie-Herzegovine seraient grandement désavantagés sur le plan juridique vis-à-vis les forces gouvernementales de Bosnie-Herzegovine.

Le Juge Cassese en conclut donc:

“...nous concluons que les conflits dans l'ex-Yougoslavie revêtent les caractères de conflits à la fois internes et internationaux, que les Membres du Conseil de sécurité avaient clairement les deux aspects à l'esprit quand ils ont adopté le Statut du tribunal international et qu'ils avaient l'intention de l'habiliter à juger des violations du droit humanitaire commises dans les deux contextes. Le Statut doit, per conséquent, être considéré comme donnant effet à cet objectif dans toute la mesure du possible aux termes du droit international en vigueur.”²⁹⁷

Comme nous le verrons, le Juge Cassese devait utiliser cette conclusion à plusieurs reprises au moment de déterminer spécifiquement quels articles du Statut du tribunal s'appliquent aux conflits armés de nature interne et quels autres s'appliquent aux conflits internationaux.

B. Le champ d'application *rationae personae*.

Suivant le paragraphe 1 de sa Résolution 808(1993), le Conseil de sécurité décidait de créer un tribunal international **pour juger les personnes présumées responsables** de violations graves du droit humanitaire international (nos soulignés). Selon le rapport du Secrétaire général sur le Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, à la lumière des résolutions complexes qui ont précédé la Résolution 808(1993), la notion de personnes responsables fait référence aux personnes physiques à l'exclusion des personnes juridiques²⁹⁸.

En conséquence, selon l'article 6 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, le champ d'application *rationae personae* du Tribunal se limite aux personnes physiques. Le Statut ne contient pas de dispositions prévoyant la possibilité de poursuivre de façon pénale des personnes morales publiques ou privées, ou même simplement de déclarer criminels des

²⁹⁷ *Id.*, paragraphe 77, p.43.

²⁹⁸ *Rapport du Secrétaire général sur le Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, loc.cit.*, note 265, para. 50.

groupes ou organisations²⁹⁹ comme le prévoyait le Statut du Tribunal de Nuremberg³⁰⁰.

Quant à la notion de personnes physiques, elle comprend selon l'article 7 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, celles qui ont planifié, incité à commettre, ordonné, commis ou de toute autre manière aidé et encourager à planifier, préparer ou exécuter un des crimes prévus par le Statut. Quant au Professeur David, il utilise plutôt pour les mêmes personnes, les appellations auteurs, co-auteurs, complices et instigateurs des infractions prévues par le Statut³⁰¹.

“Les chefs d’États et les haut-fonctionnaires”

Selon le Secrétaire général, presque tous les rapports reçus et considérés concernant le Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie³⁰² proposaient une forme quelconque de disposition qui permettrait d'entraîner la responsabilité individuelle non pas seulement de ceux qui ont commis des atrocités mais aussi de ceux et celles qui agissent en coulisses. Parmi ces nombreuses suggestions souvent puisées sur l'expérience du deuxième conflit mondial, plusieurs concernaient la responsabilité des chefs d'États et des fonctionnaires gouvernementaux agissant dans le cadre de leurs fonctions officielles. Selon ces propositions, la défense fondée sur une quelconque immunité des chefs d'États et des fonctionnaires gouvernementaux ne devait pas être recevable et ne devait même pas servir à mitiger une peine.

²⁹⁹ E. DAVID, *op.cit.*, note 85, p. 632.

³⁰⁰ *Statut du Tribunal Militaire International de Nuremberg, op.cit.*, note 259, art. 9.

³⁰¹ E. DAVID, *op.cit.*, note 85, pp. 556-561.

³⁰² Le Rapport du Secrétaire général mentionne spécifiquement à ce sujet, les rapports soumis par la France (s/26266), l'Italie (s/25300), l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE) (s/25307) de même que les suggestions et commentaires, formels ou informels soumis par les membres des Nations Unies suivants, à savoir: Australie, Autriche, Belgique, Brésil, Canada, Chili, Chine, Danemark, Égypte, Allemagne, Iran, Irlande, Italie, Malaisie, Mexique, Pays-Bas, Nouvelle-Zélande, Pakistan, Portugal, Fédération de Russie, Arabie Saoudite, Sénégal, Slovaquie, Espagne, Suède, Turquie, Royaume-Uni, États-Unis et Yougoslavie. Le Secrétaire général mentionne également avoir reçu des suggestions de la part d'un pays non-membre, à savoir la Suisse.

C'est l'approche retenue par l'article 7 paragraphe 2 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie qui stipule que:

"2. La qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'État ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine."

"Les supérieurs"

En conséquence, les chefs d'États et leurs haut-fonctionnaires seront tenus responsables des infractions commises suivant les ordres qu'ils auront donné. De plus, suivant l'expérience de la deuxième grande guerre et les nombreuses recommandations reçues à ce sujet, toute personne en situation d'autorité sera également tenue responsable selon le paragraphe 3 de l'article 7 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, pour avoir omis d'empêcher un crime ou omis de dissuader leurs subordonnés de commettre de tels actes.

Cette disposition est la suite logique de l'article 6 *in fine* du Statut du Tribunal de Nuremberg selon lequel, les dirigeants ayant pris part au plan visant à commettre des crimes de guerre, des crimes contre la paix ou des crimes contre l'humanité sont responsables des actes accomplis par d'autres en exécution de ce plan. Dans son ouvrage, Eric David cite un exemple pertinent³⁰³ de l'application de cette disposition par le Tribunal de Nuremberg dans

³⁰³

E. DAVID, *op. cit.*, note 85, p. 558. Aux pages 559-560, le professeur David discute également de d'autres cas pertinents. Notons en particulier l'affaire Yamashita. Le général japonais Yamashita a été condamné à mort pour ne pas avoir pris les mesures aptes à éviter pendant l'occupation des Philippines entre octobre 1944 et septembre 1945, notamment des viols et des massacres en masse de civils ainsi que des exécutions sommaires d'internés civils et de prisonniers de guerre. La US Military Commission de Manille déclara à son sujet: 'It is absurd, however, to consider a commander, a murderer or rapist because one of his soldiers commits a murder or a rape. Nonetheless, where murder and rape and vicious revengeful actions are widespread offences, and there is no effective attempt by a commander to discover and control the criminal acts, such a commander may be held responsible, even criminally liable, for the lawless acts of his troops, depending upon their nature and the circumstances surrounding them (...) The Commission concludes (...) that during the period in question you failed to provide effective control of your troops as was required by the circumstances' Notons également l'affaire Meyer où un officier allemand était accusé d'avoir ordonné à ses troupes de refuser tout quartier à des prisonniers. Le Juge-avocat du Tribunal militaire canadien estima dans son allocution aux membres de la Cour, qu'il fallait considérer toutes les circonstances de fait pour voir si un officier supérieur pouvait encourir une responsabilité pénale pour les faits commis par ses subordonnés. le Juge-avocat dit: 'It is not necessary for you to be convinced that a particular or formal order was given but you must be satisfied before you convict, that some words were uttered or some clear indication was given by the accused that prisoners were to be put to death...'

l'affaire Frick. Ce dernier avait été ministre du Reich et le Tribunal dit à propos de l'euthanasie pratiquée dans les sanatoriums, les hôpitaux et les asiles placés sous son autorité:

“Des plaintes lui parvinrent au sujet de ces meurtres, mais il ne fit rien pour faire cesser ces agissements”³⁰⁴

Aujourd'hui, la participation au plan n'est plus nécessaire selon la disposition applicable au Tribunal pour l'ex-Yougoslavie. Si le supérieur savait ou avait des raisons de savoir que le subordonné s'apprêtait à commettre cet acte ou l'avait fait et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires et raisonnables pour empêcher que le dit acte ne soit commis ou pour en punir les auteurs, il sera tenu individuellement responsable. Cette disposition applicable aux supérieurs militaires, est similaire à l'article 86 du Protocole I additionnel aux Conventions de Genève discuté plus tôt³⁰⁵, qui traite également de la responsabilité des supérieurs pour des actes commis par leurs subordonnés.

“Les subordonnés”

Qu'en est-il des subordonnés maintenant? Leur sort est également prévu par le Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie au paragraphe 4 de l'article 7 qui stipule que:

“Le fait qu'un supérieur a agi en exécution d'un ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale mais peut être considérée comme un motif de diminution de la peine si le tribunal international l'estime conforme à la justice.”

Cette disposition est presque identique à l'article 8 du Statut du Tribunal de

³⁰⁴ *Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal Militaire International de Tokyo, précité, note 1, vol 1 p. 321.*

³⁰⁵ *Supra.*, pp. 63-64.

Nuremberg. Ce principe, a été reconnu par la Commission du droit international³⁰⁶. La défense d'avoir agi en exécution d'un ordre d'un supérieur est non recevable. Toutefois, contrairement au supérieur qui ne peut invoquer en diminution de peine parce qu'il agissait au nom de son gouvernement, le subordonné lui peut invoquer l'ordre d'un supérieur pour ce faire. Le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie pourra considérer ce motif en mitigation s'il estime l'argument conforme à la justice. Dans son rapport sur le Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, le Secrétaire explique la notion de "conforme à la justice" selon cet article. Selon lui, le Tribunal pourrait considérer en mitigation de peine le fait d'avoir agi en exécution d'un ordre d'un supérieur en relation avec une autre défense tel que la contrainte ou l'absence de choix moral³⁰⁷.

³⁰⁶ *Supra.*, pp. 19-20.

³⁰⁷ *Rapport du Secrétaire général sur le Statut du tribunal pour l'ex-Yougoslavie, loc.cit.*, note 265, para. 57.

CHAPITRE II. LA PORTÉE ET LE CONTENU DES INFRACTIONS PRÉVUES PAR LE STATUT DU TRIBUNAL PÉNAL INTERNATIONAL POUR L'EX-YOUGOSLAVIE.

Lorsque les experts réunis à Vancouver³⁰⁸ se sont penchés sur la question des infractions qui devraient être de la compétence du Tribunal, il était clair pour eux qu'il serait plus facile de définir les crimes de guerre que les crimes contre l'humanité. Pour la majorité toutefois, les crimes contre l'humanité devaient être inclus, possiblement en faisant référence à l'échelle, massive ou systématique, sur laquelle ils ont été commis ou encore à l'objectif poursuivi par leurs auteurs. Pour les autres, étant donné les faibles possibilités que des poursuites soient intentées en vertu du droit national, aucune référence à l'échelle sur laquelle les actes ont été commis ne devrait être faite afin d'éviter de restreindre la compétence du Tribunal³⁰⁹.

Ces préoccupations rejoignent celles des juristes français qui étaient d'avis que la compétence du TPIY devait être limitée aux crimes de guerre les plus sérieux, ceux commis systématiquement sur une grande échelle entraînant une répugnance particulière pour laquelle une réaction internationale est nécessaire³¹⁰. Une telle limite, motivée par le souci de ne pas encombrer le Tribunal avec des cas secondaires et non représentatifs, n'empêcherait pas les auteurs de ces violations d'être jugés et punis car ils demeureraient toujours sujets au système de répression prévu par les Conventions de Genève.

D'autre part, les juristes français étaient également d'avis qu'une telle limite ne devrait pas s'appliquer aux crimes contre l'humanité, spécialement ceux qui ciblaient des groupes en

³⁰⁸ *Report, International Meeting of Experts, Vancouver, loc.cit.*, note 286, p.6.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ *Rapport présenté par la France, loc.cit.*, note 243, para. 69, p. 21.

tant que tels³¹¹.

Au moment de rédiger ce qui allait devenir le Statut du Tribunal, le Secrétaire général avait plusieurs options. Sur la question des infractions pour lesquelles le Tribunal aurait juridiction, le point de départ essentiel selon les juristes français devait être le caractère international à la fois des crimes et de l'institution qui aurait la lourde tâche de les juger³¹². Ainsi il serait impensable selon eux, que le Tribunal applique tant sur le plan de la procédure que sur celui du droit, des règles nationales spécifiques à un État ou groupe d'États. Cela était d'autant plus important dans le présent cas puisque les États directement concernés par la création du Tribunal sont le résultat de la brisure d'un seul État³¹³.

La Commission du droit international concluait d'ailleurs à ce sujet:

“the characterization of an act or omission as a crime against the peace and security of mankind is independent of internal law. The fact that an act or omission is or is not punishable under internal law does not affect this characterization.”³¹⁴

En conséquence, les juristes français proposaient deux options sur lesquelles pourrait s'appuyer la compétence du Tribunal³¹⁵. Selon la première, le Statut pourrait faire référence spécifiquement à des conventions existantes nommées dans le Statut. Selon la seconde, le Statut pourrait énumérer les infractions sur lesquelles le Tribunal serait appelé à juger, sans référence aucune à des conventions existantes. Puisque de toute façon, les infractions selon

311 *Id.*, para. 70, p. 21.

312 *Id.*, para. 52, p. 16.

313 *Ibid.*, Les juristes français soulignaient d'ailleurs sur ce point qu'il était significatif que le Code pénal de l'ex-République Fédérale Socialiste de Yougoslavie contenait des dispositions qui incorporaient en droit domestique toutes les infractions graves énumérées dans les Conventions de Genève de même que plusieurs autres crimes définis dans d'autres conventions internationales, tels que “la conversion forcée à une autre religion, forcer une personne à se prostituer, les peines collectives, l'internement illégal dans un camp de concentration, le recrutement forcé dans les services de renseignements ou administratifs d'une Puissance occupante, les actions ayant pour objectif de réduire la population à la famine, la levée de contributions excessives ou illégales...” Ils notaient également que la République Fédérale Socialiste de Yougoslavie était partie à presque toutes les conventions internationales sur les droits de la personne et que certains États qui lui ont succédé ont fait des déclarations de succession à certains sinon à toutes ces conventions, qui peuvent en conséquence être invoquées contre eux.

314 *Ébauche du Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, adopté en première lecture par la Commission du droit international, 1993, art. 2. Doc ONU A/ CN.4/ L.490*

315 *Rapport présenté par la France, loc.cit.*, note 172, paragraphe 60, p. 19.

la deuxième option seraient tirées principalement de conventions existantes, le résultat pratique serait le même. Les implications des deux approches sont cependant très différentes.

Une référence spécifique à certaines conventions serait un complément à une simple liste d'infractions qui apporterait un élément important de légitimité en ce que la plupart des conventions dont il est question ont été ratifiées en grand nombre. Dans le cas qui nous occupe, les États concernés sont liés par presque tous les traités pertinents. Une telle approche aura cependant pour effet de minimiser le fait que les crimes en question sont punissables, que les États aient ratifié ou non les conventions mentionnées³¹⁶. De même, l'on peut s'interroger sur l'opportunité voire la légalité de donner à un tribunal créé autrement que par une convention, la juridiction nécessaire pour juger et punir des violations établies par le biais de conventions dont certaines ont leur propre mécanisme de répression³¹⁷.

Les juristes français se déclaraient finalement en faveur de la technique d'énumération mais pas avant d'avoir fait allusion à la solution mitoyenne, énumération des infractions avec référence aux conventions internationales applicables, la voie retenue par le Secrétaire général.

³¹⁶ Le crime de génocide par exemple, s'applique tout autant à l'Angola qui n'a pas ratifié la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, qu'au Canada qui lui l'a ratifiée. C'est d'ailleurs la position de la Cour Internationale de Justice qui affirmait dans son avis consultatif du 28 mai 1951: "Les principes sous-jacents à la Convention sont des principes reconnus par les États civilisés comme liant les États, même en l'absence d'obligations conventionnelles à cet effet"; *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, C.I.J. Recueil 1951, p. 23.

³¹⁷ *Rapport présenté par la France, loc.cit.*, note 243, para. 61, p. 19.

SECTION I. LES INFRACTIONS GRAVES AUX CONVENTIONS DE GENÈVE DE 1949 ET LES VIOLATIONS AUX LOIS ET COUTUMES DE LA GUERRE.

A. Les infractions graves aux Conventions de Genève.

L'article 2 du Statut du Tribunal se lit comme suit:

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

- (a) L'homicide intentionnel;
- (b) La torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques;
- (c) Le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter atteinte à l'intégrité physique ou à la santé;
- (d) La destruction et l'appropriation de biens non justifiés par des nécessités militaires et exécutés sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire;
- (e) Le fait de contraindre un prisonnier de guerre ou un civil à servir dans les forces armées de la puissance ennemie;
- (f) Le fait de priver un prisonnier de guerre ou un civil de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement;
- (g) L'expulsion ou le transfert illégal d'un civil ou sa détention illégale;
- (h) La prise de civils en otages.”

À première vue, cet article est basé sur les Conventions de Genève de 1949 et plus spécifiquement sur les dispositions de ces Conventions concernant les infractions graves. Comme nous l'avons vu précédemment, chacune des quatre Conventions contient des dispositions concernant les infractions graves³¹⁸, des infractions pour lesquelles les Hautes Parties contractantes ont l'obligation d'en poursuivre les auteurs. C'est ce qu'on appelle la compétence universelle, généralement reconnue comme étant limitée à l'égard des infractions commises dans le cadre de conflits armés internationaux.

Dans son appel interlocutoire, Duško Tadić contestait à nouveau la compétence du TPIY selon l'article 2 du Statut. Il argumentait que puisque le système de répression des infractions graves ne s'applique que dans le cas de conflits armés internationaux, la référence

³¹⁸ *Supra.*, pp. 44-54, Convention I art.50, Convention II art. 51, Convention III art. 130 et Convention IV art. 147.

à ce système dans l'article 2 du Statut limite la compétence du Tribunal aux actes commis dans le cadre de conflits armés internationaux.

Devant la Chambre de première instance, cet argument n'a pas été retenu³¹⁹ pour les motifs que l'article 2 est autonome et indépendant des Conventions sauf en ce qui a trait à l'identification des victimes des actes qui y sont énumérés. De plus l'article ne fait pas référence à l'exigence d'un conflit armé international; dès que la commission d'un des actes énumérés est alléguée à l'égard d'une personne protégée, le Tribunal a juridiction si les exigences de l'article 1 concernant le lieu et le temps sont remplies.

Sur ce point, la Chambre d'Appel toujours sous la plume du Juge Cassese, a donné raison à l'appelant suite à une analyse détaillée du système des infractions graves aux Conventions de Genève.

Selon lui, ce système comporte deux volets inter-reliés. Le premier est une liste d'infractions considérées tellement sérieuses qu'elles constituent des "infractions graves". Le deuxième volet est un mécanisme de répression obligatoire selon lequel les États ont l'obligation de rechercher et de juger ou d'extrader les présumés auteurs de ces violations. L'existence d'un conflit armé international est un élément fondamental de ce deuxième volet en ce qu'il s'agit d'une limite nécessaire au système de répression des infractions graves à la lumière de l'atteinte à la souveraineté des États que constitue la juridiction universelle. Les États parties aux Conventions de Genève ne voulaient pas donner aux autres États une quelconque juridiction sur les violations au droit humanitaire aussi graves soient-elles, commises dans leurs conflits internes³²⁰.

³¹⁹ *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, précité*, note 253.

³²⁰ *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, précité*, note 253, para. 80, pp. 45-46.

Le Juge Cassese réfute également l'argument de la Chambre de première instance selon lequel le système de répression des Conventions n'a pas été importé dans le Statut du Tribunal. Cela est évident selon lui puisque le Tribunal est lui-même un mécanisme de répression. Toutefois, il dit que la Chambre de première instance a mal interprété la référence aux Conventions dans l'article 2. Il mentionne que cette référence indique clairement, tenant compte de ses remarques sur le système des infractions graves, que les infractions mentionnées à l'article 2 sont de la compétence du TPIY seulement si elles sont commises à l'égard de personnes ou de biens **protégés par les Conventions de Genève selon les dispositions strictes de ces Conventions** (nos soulignés). Sans aucune équivoque, ces dispositions³²¹ s'appliquent seulement aux personnes et aux biens protégés dans la mesure où ils sont impliqués dans un conflit armé international³²². Il termine en soulignant que ces dispositions n'incluent pas les personnes et les biens visés par l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève, ce qui rejoint notre observation plus tôt³²³.

Avant de conclure que l'article 2 s'applique spécifiquement aux actes qui y sont mentionnés, dirigés contre des personnes ou des biens protégés aux termes des Conventions de Genève, commis dans le cadre d'un conflit armé international³²⁴, le Juge Cassese analyse tout de même le mérite à long terme de la décision de la Chambre de première instance et il est important qu'on s'y attarde.

Même s'il se dit convaincu que la décision de la Chambre d'appel est la seule justifiable en droit, il se dit conscient que cette conclusion peut paraître éloignée à la fois de

³²¹ *Conventions de Genève de 1949, op.cit.*, note 131: Convention I, art. 13, 24-26 (personnes protégées) et 33-35 (biens protégés), Convention II, art. 13, 36-37 (personnes protégées), 22, 24-25 et 27 (biens protégés), Convention III, art. 4 (prisonniers de guerre) et Convention IV, art. 4, 20 (personnes protégées), 18-19, 21-22, 33, 53 et 57 (propriété protégée).

³²² *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, précité*, note 253, para. 81, p. 46.

³²³ *Supra*, p.53.

³²⁴ *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, précité*, note 253, para. 84, p. 48.

la pratique récente des États et de la doctrine des droits de la personne qui semblent confondre la dichotomie traditionnelle entre la guerre internationale et la guerre civile. Il note à cet égard la déclaration contenue au mémoire *amicus curiae* soumis par le gouvernement des États-Unis, voulant que les infractions graves mentionnées à l'article 2 du Statut s'appliquent tant aux conflits internes qu'aux conflits internationaux. À son avis cela n'est pas banal:

“Cette déclaration, que ne vient étayer aucune jurisprudence, ne semble pas être justifiée en ce qui concerne l'interprétation de l'article 2. Néanmoins, vue sous un autre angle, on ne saurait nier sa portée: elle énonce l'opinion juridique de l'un des Membres permanents du Conseil de sécurité sur une question juridique délicate. À ce titre, elle fournit le premier indice d'un changement possible de l'*opinio juris* des États. Si d'autres États et organes internationaux en viennent à partager cette opinion, un changement du droit coutumier relatif à la portée du régime des “infractions graves” pourrait se concrétiser progressivement.”³²⁵

Il souligne finalement d'autres éléments convergeant dans la même direction, tels que le Manuel Militaire Allemand³²⁶, l'Accord du 1^{er} octobre 1992 entre les parties au conflit en Bosnie-Herzégovine³²⁷ de même qu'un jugement récent la “Third Chamber of the Eastern Division of the Danish High Court”³²⁸.

³²⁵ *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, précité*, note 253, para. 83, p. 47.

³²⁶ *Id.*, para 131, p.69.

³²⁷ *Id.*, para 83, p. 47. Voir aussi *Supra*, note 230.

³²⁸ Le 25 novembre 1994, la troisième Chambre de la division orientale de la Cour suprême danoise a rendu un jugement relatif à une personne accusée de crimes commis avec un certain nombre de membres de la police militaire croate, le 5 août 1993, dans le camp croate de prisonniers de Dretelj, en Bosnie (Le Ministère public c. Refik Saric, non publié, (Den. H. Ct. 1994)). La Cour a explicitement agi sur le fondement des dispositions relatives aux “infractions graves” des Conventions de Genève sans toutefois soulever la question préliminaire de savoir si les crimes présumés avaient été commis dans le cadre d'un conflit armé à caractère international ou interne. Ce jugement révèle que certaines juridictions nationales adoptent également l'opinion que le régime des “infractions graves” peut s'appliquer, que le conflit soit international ou interne.

B. Les violations aux lois et coutumes de la guerre.

L'article 3 du Statut se lit comme suit:

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

- (a) L'emploi d'armes toxiques ou d'autres armes conçues pour causer des souffrances inutiles;
- (b) La destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires;
- (c) L'attaque ou le bombardement, par quelque moyen que ce soit, de villes, villages, habitations ou bâtiments non défendus;
- (d) La saisie, la destruction ou l'endommagement délibéré d'édifices consacrés à la religion, à la bienfaisance et à l'enseignement, aux arts et aux sciences, à des monuments historiques, à des oeuvres d'art et à des oeuvres de caractère scientifique;
- (e) Le pillage de biens publics ou privés.

Selon le rapport du Secrétaire général sur le Statut du Tribunal³²⁹, cet article est basé sur la Convention IV de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre³³⁰, les règlements y annexés de même que l'interprétation de ces règlements par le Tribunal militaire international de Nuremberg.

Dans son appel interlocutoire, Duško Tadić plaide que les Conventions de La Haye ont été adoptées pour régulariser les conflits inter-étatiques alors que le conflit en ex-Yougoslavie est un conflit interne. Il en déduit que le tribunal n'a pas compétence en vertu de l'article 3 pour juger les violations alléguées contre lui en ex-Yougoslavie. Cet argument a été rejeté par la Chambre d'appel mais pas avant d'avoir procédé à une analyse détaillée de l'article 3.

³²⁹ *Rapport du Secrétaire général établi suivant la résolution du Conseil de sécurité 808(1993), loc.cit, note 265, Le Secrétaire général note dans son rapport que l'appellation traditionnelle “lois de la guerre” a été remplacée de nos jours par l'expression “droit humanitaire international” et que les règlements de La Haye représentent un segment important de ce droit. Le Secrétaire général constate également que les règlements de La Haye ont une portée plus large que les Conventions de Genève en ce qu'ils couvrent à la fois la protection des victimes des conflits armés et la conduite des hostilités.*

³³⁰ *Convention IV de La Haye de 1907, loc.cit, note 6.*

Une première lecture de l'article 3 indique tout d'abord qu'il s'applique à une catégorie d'infractions très large soit toutes les violations aux lois et coutumes de la guerre. Il est également clair que les infractions mentionnées dans l'article ne constituent pas une liste exhaustive et qu'il ne s'agit là que d'exemples.

Selon le juge Cassese, l'intention derrière l'article 3 est de couvrir tant le droit de Genève que le droit de La Haye. Il en conclut:

“Article 3 may be taken to cover all violations of international humanitarian law other than the “grave breaches” of the four Geneva Conventions falling under Article 2 (or for that matter, the violations covered by Articles 4 and 5, to the extent that Articles 3, 4 and 5 overlap).”³³¹

Cette interprétation est corroborée par les débats du Conseil de sécurité qui ont suivi l'adoption du Statut du Tribunal³³², ce qui permet à la Chambre d'appel de conclure que l'article 3 couvre spécifiquement, les violations au droit de La Haye sur les conflits armés internationaux, les manquements aux Conventions de Genève autres que ceux qualifiés d'infractions graves par ces Conventions, les violations de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève sur les conflits internes et les violations de tout accord liant les parties.

Sous cet angle, l'article 3 devient en quelque sorte la garantie que toutes les infractions au droit humanitaire international seront de la compétence du Tribunal sans exception. Le Juge Cassese note d'ailleurs que cette interprétation de l'article 3:

“...fully realizes the primary purpose of the establishment of the International Tribunal,

³³¹ *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, précité*, note 253, para. 87, pp. 49-50.

³³² *Compte-rendu provisoire verbatim de la 3217^{ème} session*, Doc. ONU, S/PV.3217 (25 mai 1993). À titre d'exemple notons la déclaration du délégué américain à l'effet que: “We understand that other members of the Council share our view regarding the following clarifications related to the Statute: Firstly, it is understood that the ‘the laws or customs of war’ referred to in Article 3 include all obligations under humanitarian law agreements in force in the territory of the former Yugoslavia at the time the acts were committed, including common article 3 of the 1949 Geneva Conventions, and the 1977 Additional Protocols to these Conventions”.

that is, not to leave unpunished any person guilty of any such serious violation, whatever the context within which it may have been committed.”³³³

“Les conditions d’application des infractions au droit humanitaire international couvertes par l’article 3 du Statut.”

Pour qu’une infraction au droit humanitaire international soit couverte par l’article 3 du Statut, la violation doit être contraire à une règle du droit humanitaire international de nature conventionnelle ou coutumière et cette règle doit entraîner la responsabilité pénale individuelle de son auteur. De plus, la compétence du Tribunal étant limitée aux violations “graves” du droit international humanitaire, il va de soi que les violations à l’article 3 devront aussi être “graves”. À cet effet, la Chambre d’appel a posé deux conditions pour qu’une violation soit considérée “grave”. La violation devra être un manquement à une règle qui protège des valeurs importantes et elle devra entraîner des conséquences graves pour la ou les victimes³³⁴.

La Chambre d’appel ayant conclu que les infractions visées par l’article 3 pouvaient tout aussi bien avoir été commises dans le cadre d’un conflit armé interne que lors d’un conflit armé international, deux de ces trois éléments méritent une attention particulière. D’abord, existe-t-il des normes coutumières du droit humanitaire international qui réglementent les conflits armés non-internationaux et ensuite, si la réponse à cette première interrogation est oui, alors il faut déterminer si la violation de ces règles entraîne la responsabilité pénale individuelle de leurs auteurs.

³³³ *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l’appel de la défense concernant l’exception préjudicielle d’incompétence, précité, note 253, para. 92, p. 51.*

³³⁴ *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l’appel de la défense concernant l’exception préjudicielle d’incompétence, précité, note 253, para. 94, pp. 52-53.*

“Les normes coutumières du droit humanitaire international régissant les conflits armés internes.”

Traditionnellement, la réponse du droit international à l’irruption de violence armée suivait deux branches. Dans le cas de conflits inter-étatiques, une multitude de règles de droit international s’appliquait tant à la protection des victimes qu’à la conduite des hostilités. Dans le cas d’un conflit interne par contre, il y avait très peu de règles applicables car les États préféraient assimiler ce type de violence à une rébellion, une mutinerie ou encore à une trahison, des situations couvertes par le droit pénal interne. La raison en est bien simple, cela excluait toute intrusion possible par un État tiers dans leur juridiction souveraine.

Depuis un certain nombre d’années toutefois, cette distinction s’est estompée au profit de règles de droit qui ont émergé ou fait l’objet d’accords pour régler les conflits armés internes. Plusieurs raisons sont à l’origine de cette évolution, le nombre de plus en plus élevé de conflits internes, le caractère de plus en plus cruel de ces conflits impliquant souvent toute la population d’un État, l’étendue de plus en plus grande de ces conflits, la volonté d’éviter les débordements et finalement l’importance de plus en plus grande accordée par les États aux droits de la personne.

L’émergence de normes pour régler les conflits internes s’est produite tant au niveau du droit coutumier que sur le plan du droit conventionnel. D’ailleurs, l’interaction entre ces types de règles est telle, que certaines règles conventionnelles sont même devenues coutumières par la suite. C’est le cas notamment de l’article 3 commun aux Conventions de Genève suivant la décision de la Cour internationale de justice dans l’affaire du Nicaragua³³⁵. C’est également le cas de l’article 19 de la Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé³³⁶.

³³⁵ *Activités militaires et para militaires au Nicaragua*, Recueil C.I.J., Arrêt du 27 juin 1986.

³³⁶ *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l’appel de la défense concernant l’exception préjudicielle d’incompétence, précité*, note 253, para. 98, p. 54.

Lorsque vient le temps d'établir l'existence de normes coutumières toutefois, il est toujours difficile d'évaluer, voire de confirmer que la pratique des États correspond à une tendance au niveau de l'*opinio juris*. Pour ce faire, il est utile et parfois révélateur de s'en remettre aux déclarations officielles au nom d'États ou encore à des publications officielles au sein de ces États.

Parmi les exemples cités par le juge Cassese à cet effet, notons la déclaration du Premier Ministre Chamberlain de Grande-Bretagne en 1938 concernant le bombardement de Barcelone au cours de la guerre civile d'Espagne:

“The one definite rule of international law, however, is that the direct and deliberate bombing of non-combatants is in all circumstances illegal”³³⁷

Notons également la déclaration du Premier Ministre de la République Démocratique du Congo au cours de la guerre civile en 1964:

“For humanitarian reasons, and with a view to reassuring, in so far as necessary, the civilian population which might fear that it is in danger, the Congolese Government wishes to state that the Congolese Air Force will limit its action to military objectives. In this matter, the Congolese Government desires not only to protect human lives but also to respect the Geneva Conventions”³³⁸

Cette déclaration indique la reconnaissance de règles applicables aux conflits internes, et plus particulièrement, le principe que les civils ne doivent pas être attaqués.

Un autre exemple est le code de conduite opérationnel pour les Forces armées du Nigéria émis en 1967 par le chef du Gouvernement Fédéral Militaire pour contrôler la conduite des opérations contre les rebelles³³⁹. Ce code démontre que même si le

³³⁷ 333 House of Commons Debates, col. 1177, 23 March 1938.

³³⁸ *Public Statement of prime Minister of the Democratic Republic of the Congo (21 Oct. 1964)*, in A.J.I.L., (1965), pp. 614-616.

³³⁹ KIRK-GREENE., A.H.M., “*Crisis and Conflict in Nigeria, a Documentary Sourcebook 1966-1969*, 1971, pp. 455-457.

Gouvernement refusait de reconnaître les rebelles en tant que belligérants, il reconnaissait tout de même la nécessité d'appliquer les dispositions de Conventions de Genève pour la protection des civils au pouvoir de l'ennemi de même que les règles générales applicables lors de conflits armés internationaux.

En 1987, le Gouvernement du Salvador faisait une déclaration semblable suite aux invitations répétées de l'Assemblée Générale des Nations Unies au respect du droit humanitaire international dans le cadre de la guerre civile se déroulant sur son territoire. Le Gouvernement déclarait que le Protocole II additionnel aux Conventions de Genève ne s'appliquait pas à ce conflit mais qu'il avait décidé d'appliquer les dispositions du Protocole car elles développent et s'ajoutent à l'article 3 commun aux Conventions qui constitue la protection minimale due à tout être humain partout et en tout temps³⁴⁰. Pour le juge Cassese, cette déclaration indique que le Protocole II additionnel aux Conventions de Genève ou à tout le moins plusieurs de ses articles peuvent être considérées comme représentant des règles coutumières du droit humanitaire international.

Cette conclusion est corroborée par le manuel militaire allemand dans lequel il est mentionné:

“Members of the German Army, like their Allies, shall comply with the rules of international humanitarian law in the conduct of military operations in all armed conflicts, whatever the nature of such conflicts.”³⁴¹

En plus de ces déclarations, certaines résolutions adoptées par des organisations internationales ont également eu un impact significatif sur le développement de règles coutumières du droit humanitaire international régissant les conflits internes.

³⁴⁰ *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, précité*, note 253, para. 117, p. 63.

³⁴¹ *Id.*, para. 118, p. 64.

Le dispositif de l'arrêt Tadić mentionne à cet égard la résolution adoptée à l'unanimité par la Société des Nations le 30 septembre 1938 concernant le conflit espagnol et la guerre impliquant la Chine et le Japon. Cette résolution critiquait le bombardement de la population civile et qualifiait cette pratique comme étant contraire aux principes reconnus du droit international³⁴². Puisque cette résolution concernait à la fois un conflit interne et un conflit international, on peut y voir selon le juge Cassese, les débuts de la reconnaissance de certaines règles applicables à tous les conflits.

L'application de certaines règles du droit international humanitaire à tous les types de conflits est également confirmée par deux résolutions adoptées par l'Assemblée générale des Nations-Unies. La première, la résolution 2444³⁴³ adoptée à l'unanimité en 1968 reconnaissait la nécessité d'appliquer à tous les conflits armés:

“The following principles for observance by all governmental and other authorities responsible for action in armed conflict: (a) That the right of the parties to a conflict to adopt means of injuring the enemy is not unlimited; (b) That it is prohibited to launch attacks against the civilian populations as such; (c) That distinction must be made at all times between persons taking part in the hostilities and members of the civilian population to the effect that the latter be spared as much as possible.”

Il est à noter qu'en 1972, le Ministère de la Défense des États Unis soulignait que cette résolution était déclaratoire du droit international coutumier existant³⁴⁴. Pour Eric David, ces principes élémentaires sont au droit de La Haye ce que l'article 3 commun aux Conventions de Genève est au droit de Genève. Selon lui, il s'agit là d'un minimum qui devrait être considéré comme du droit positif applicable à tout conflit armé, quel qu'il soit³⁴⁵.

En 1970, élaborant sur les principes établis par la résolution 2444, l'Assemblée

³⁴² League of Nations, O.J. Spec. Supp. 183, 30 September 1938, pp.135-136.

³⁴³ *G.A. Res 2444*, U.N. GAOR., 23 rd Session, Supp. No. 18 U.N.Doc A/7218/(1968).

³⁴⁴ *Voir* 67, A.J.I.L., 122, 1973.

³⁴⁵ E. DAVID., *op.cit.*, note 95, pp. 337-340.

générale adoptait une seconde résolution (2675) intitulée “Principes de base pour la protection des populations civiles lors de conflits armés³⁴⁶” à l’unanimité. Cette résolution affirme les mêmes principes que ceux énoncés par la Conférence de la Croix-Rouge en 1965³⁴⁷. Il y est question entre autres de l’application des droits de la personne lors de conflits armés, de la distinction entre civils et combattants, des précautions ayant pour but d’épargner la population civile, de la protection de biens civils et de lieux désignés pour la seule protection des civils (hopitaux et autres lieux de refuge), de l’interdiction de représailles contre les civils et finalement de la fourniture de secours à la population civile.

Selon la Chambre d’appel, ces deux résolutions ont joué un double rôle. D’une part, elles étaient déclaratoires de principes coutumiers du droit international concernant la protection des biens civils et de la population civile lors de tous conflits armés. D’autre part, elles avaient pour but de promouvoir l’adoption de traités à cet égard³⁴⁸. Nul doute qu’elles ont joué un rôle déterminant lors du processus ayant conduit à l’adoption du Protocole II Additionnel aux Conventions de Genève.

Quant aux méthodes et moyens de combat, des spécialistes du droit des conflits armés se sont prononcés en 1990, en faveur de l’application aux conflits armés non-internationaux de plusieurs dispositions du droit de La Haye³⁴⁹. Pour Éric David:

“Ces principes ne sont pas contestables: ils correspondent parfaitement aux ‘principes d’humanité’ et aux ‘exigences de la conscience publique’ portés par la Clause de Martens. À ce titre on peut penser qu’ils s’appliquent dans tout conflit armé non-international, et même en tout temps et en toute circonstance.”³⁵⁰

³⁴⁶ G.A. Res. 2675, U.N. GAOR., 25th Sess., Supp. No. 28 U.N. Doc. A/8028, 9 Dec 1970.

³⁴⁷ E. DAVID., *op.cit.*, note 95, p. 338.

³⁴⁸ *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l’appel de la défense concernant l’exception préjudicielle d’incompétence, précité*, note 253, para. 112, p. 61.

³⁴⁹ *Déclaration du Conseil de l’Institut international de droit humanitaire*, Taormine, 7 avril 1990, R.I.C.R., 1990, pp. 415-442.

³⁵⁰ E. DAVID., *op.cit.*, note 95, p. 343.

En conclusion, selon la Chambre d'appel, l'émergence de règles sur les conflits internes n'implique pas cependant que ces conflits soient réglés sous tous leurs aspects. Deux limites sont évoquées. Premièrement, seulement une partie des règles du droit humanitaire international régissant les conflits armés internationaux s'est étendue aux conflits internes et deuxièmement ce n'est pas tout le contenu mais bien l'esprit de ces règles qui est devenu applicable aux conflits internes³⁵¹.

Sans égard à ces limites, le Juge Cassese en arrive à la conclusion qu'on ne peut nier que le droit international coutumier s'est développé pour en venir à gouverner les conflits armés internes. De telles règles selon lui couvrent entre autres, la protection des civils contre les effets des hostilités, en particulier des attaques sans discrimination, la protection des biens civils, en particulier les biens culturels, la protection de tous ceux qui ne participent pas ou qui ne participent plus aux hostilités de même l'interdiction de méthodes et moyens de guerre prohibés dans les conflits armés internationaux³⁵².

“La responsabilité pénale individuelle lors de conflits armés internes.”

En arriver à la conclusion que certaines règles du droit international humanitaire coutumier s'appliquent aux conflits armés à caractère interne, c'est une chose. De dire que la violation de ces règles entraîne la responsabilité pénale individuelle de leur auteur en est une autre. En effet, puisque le droit international humanitaire conventionnel applicable à ce type de conflit, en l'espèce l'article 3 commun aux Conventions de Genève et le Protocole II additionnel aux Conventions, ne contient pas de dispositions créant des “infractions” ou rendant possible une quelconque responsabilité pénale individuelle, comment peut-il en être autrement en vertu du droit coutumier?

³⁵¹ *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, précité, note 253, para. 126, p. 67.*

³⁵² *Id.*, para. 127, pp. 67-68.

La Chambre d'appel du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a eu à se prononcer sur cette question dans le cadre de l'appel interlocutoire de l'accusé Tadić. Selon le juge Cassese, il ne fait aucun doute qu'une violation au droit international coutumier peut entraîner la responsabilité pénale individuelle de son auteur. À cet égard, le cheminement du juge pour en arriver à cette conclusion mérite une attention particulière.

Rappelons d'abord toutefois, que le Tribunal de Nuremberg a également eu l'opportunité de se prononcer sur des motions similaires en raison de la nature des accords et conventions à la source de sa juridiction. Le Tribunal de Nuremberg avait conclu que l'absence de dispositions conventionnelles sur la répression des infractions n'était pas un obstacle à un verdict de culpabilité fondé sur la responsabilité pénale individuelle d'un accusé. Le Tribunal mentionnait à ce sujet:

"...the authors of particular prohibitions incur individual responsibility based on the clear and unequivocal recognition of the rules of warfare in international law and State practice indicating an intention to criminalize the prohibition, including statements by government officials and international organizations, as well as punishments of violations by national courts and military tribunals."³⁵³

Et le Tribunal de Nuremberg d'ajouter:

"crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced."³⁵⁴

Appliquant ces critères aux accusations portées contre Tadic, le Juge Cassese admet d'entrée de jeu qu'il ne fait aucun doute que de telles violations du droit international humanitaire puissent entraîner la responsabilité pénale individuelle, sans égard au type de conflit au cours duquel elles ont été commises³⁵⁵. Il ajoute d'ailleurs que les principes et les

³⁵³ *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International de Nuremberg, op.cit.*, note 1, partie 22, p. 465.

³⁵⁴ *Id.*, p. 447.

³⁵⁵ *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, précité*, note 253, para. 129.

règles du droit international humanitaire sont le reflet de considérations élémentaires d'humanité généralement reconnues comme étant le standard de conduite minimum lors de conflits armés. Personne ne peut douter de la gravité de telles violations ou de l'intérêt de la communauté internationale à ce qu'elles soient prohibées³⁵⁶.

Suivant la voie tracée par le Tribunal de Nuremberg dans son analyse, de même que son approche personnelle lui ayant permis de conclure à l'application de règles du droit international coutumier aux conflits armés non internationaux, le juge Cassese justifiait ensuite ces affirmations sur la base de différents éléments de la pratique internationale, qui démontrent clairement l'intention des États de criminaliser les infractions sérieuses aux règles coutumières applicables lors de conflits internes.

Parmi ces éléments, le juge Cassese mentionne le manuel militaire allemand selon lequel, les violations de l'article 3 commun aux Conventions sont clairement considérées comme étant punissables. Le manuel inclut dans son énumération des infractions graves au droit international humanitaire, les infractions criminelles contre les personnes protégées par l'article 3 commun telles que l'homicide intentionnel, la mutilation, la torture, les traitements inhumains incluant les expériences biologiques, le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances, les atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, la prise d'otages ainsi que le fait de priver une personne d'un procès juste et équitable³⁵⁷.

Le juge Cassese mentionne ensuite l'impact de la législation nationale concernant la mise en oeuvre des Conventions de Genève. L'exemple le plus frappant à ce sujet est sûrement le cas belge. Sans aucune ambiguïté, la loi belge du 16 juin 1993 concernant la mise en oeuvre des Conventions de Genève et des Protocoles additionnels, stipule que les tribunaux belges sont habilités à juger les infractions au Protocole II additionnel aux

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ *Id.*, para 131.

Conventions de Genève relatifs aux victimes des conflits armés non-internationaux³⁵⁸. L'article premier de cette loi dresse une liste d'infractions graves aux Conventions de Genève et aux **deux Protocoles additionnels dans le même article** (nos soulignés), qui constituent selon l'article 7, des crimes en vertu du droit international qui sont de la compétence des tribunaux belges³⁵⁹.

Dans le cadre du présent débat, la question se pose à savoir si cette loi peut s'appliquer malgré l'inexistence d'une incrimination des "infractions graves" commises dans les conflits non-internationaux. Notons tout d'abord que l'aptitude d'un État à exercer une compétence pénale de caractère extra-territoriale est reconnue depuis longtemps en droit international³⁶⁰. Éric David note d'ailleurs à ce sujet qu'il n'y a certainement pas abus de souveraineté pour un État, à réagir à l'égard d'un fait interdit par le droit international. Même si le droit international n'incrimine pas les violations du Protocole II additionnel aux Conventions, il n'en demeure pas moins que ces faits sortent du domaine réservé de l'État et concernent tous les États parties à la règle³⁶¹. Le Professeur David en conclut que le fait pour l'État d'agir pour faire cesser ces violations n'est donc ni un abus de souveraineté, ni une intervention illicite dans les affaires intérieures de l'État où se déroule une guerre civile³⁶².

Le juge Cassese continue sa démonstration en s'arrêtant sur les résolutions du Conseil de sécurité qui sont selon lui d'une pertinence non négligeable quant à la formation de *l'opinio juris* voulant que les violations aux dispositions générales du droit international humanitaire commises lors d'un conflit interne entraînent la responsabilité pénale individuelle

³⁵⁸ *Id.*, para. 132.

³⁵⁹ *Loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux Protocoles I et II additionnels à ces Conventions*, Moniteur Belge, (5 août 1993).

³⁶⁰ *Affaire du Lotus*, C.P.J.I., avis du 7 février 1927, Série A no 9, p. 19.

³⁶¹ *Affaire des décrets de nationalité*, C.P.J.I., avis du 7 février, Série B, no 4, pp. 24 et ss.

³⁶² E. DAVID, *Droit pénal international: Crimes de guerre - Loi Belge du 16 juin 1993*, (1994) 26 R.B.D.I. 57.

de leur auteur³⁶³. Il souligne à cet effet, les deux résolutions du Conseil de sécurité concernant le conflit en Somalie, où selon lui se déroulait un conflit interne. Ces deux résolutions, adoptées à l'unanimité, condamnaient les violations au droit international humanitaire et stipulaient que les auteurs de ces violations de même que ceux qui les ont ordonnées, en seraient tenus individuellement responsables³⁶⁴.

Le juge Cassese termine sa démonstration par une analyse de deux accords concernant le conflit en Bosnie-Herzégovine, conclus sous les auspices du CICR. Il s'agit des accords signés le 22 mai et le 1er octobre 1992³⁶⁵. Dans les deux cas, il s'agit d'accords destinés à s'appliquer dans le contexte d'un conflit armé non-international. Dans les deux cas, les accords contenaient des dispositions concernant la répression des infractions au droit international humanitaire. Et le juge Cassese de conclure que les parties au conflit en Bosnie-Herzégovine avaient clairement accepté, au niveau d'un traité, la répression des infractions au droit international humanitaire dans le cadre d'un conflit interne.

À la lumière de l'intention du Conseil de sécurité et de l'interprétation logique et systématique de l'article 3 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie ainsi que du droit international coutumier, la Chambre d'appel en arrivait à la conclusion que le TPIY a juridiction sur toutes les violations aux lois et coutumes de la guerre, qu'elles soient commises dans le cadre d'un conflit armé international ou non-international³⁶⁶.

³⁶³ *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, précité*, note 253, para. 133.

³⁶⁴ *Résolutions du Conseil de sécurité 794(1992) et 814(1993)*.

³⁶⁵ *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, précité*, note 253, para. 136.

³⁶⁶ *Id.*, para. 137.

SECTION II LE GÉNOCIDE ET LES CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ

A. L'habilitation du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie à juger le crime de génocide.

“L'Assemblée générale, en conséquence, affirme, que le génocide est un crime de droit des gens que le monde civilisé condamne, et pour lequel les auteurs principaux et leurs complices, qu'ils soient des personnes privées, des fonctionnaires ou des hommes d'État, doivent être punis, qu'ils agissent pour des raisons raciales, religieuses, politiques ou pour d'autres motifs;”³⁶⁷

D'entrée de jeu, une constatation s'impose. Le crime de génocide qui existe officiellement depuis 1946, n'a jamais été réprimé sur la scène internationale. Le génocide n'était pas mentionné dans les statuts des Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo en 1945 et il n'a pas été élevé au rang d'infraction grave au sein des Conventions de Genève de 1949 ou des Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions. De fait, le génocide n'apparaît même pas dans ces instruments.

La notion de génocide a été élaborée en 1933 par le Professeur Raphael Lemkin³⁶⁸ pour définir des actes visant à détruire un groupe racial, religieux ou social, qui selon lui devaient être incriminés en droit international. Toutefois, ce n'est qu'en 1946 que l'Assemblée Générale adopta une résolution pour faire du génocide un crime contraire au droit des gens. Cette résolution était suivie en 1948 par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide³⁶⁹. La Convention, entrée en vigueur en 1951, adopte une vision plus étroite de la notion de génocide puisque les groupes sociaux ont été retirés de la définition

³⁶⁷ Résolution 96 (I) de l'Assemblée générale des Nations-Unies, “*Le crime de génocide*”, adoptée le 11 décembre 1946, AG Doc off: 55^{ème} séance plénière, p. 176. Voir aussi la version anglaise, extrait rapporté dans Amnesty International, *The International Criminal Court - Making the Right Choices*, AI Index: IOR 40/01/97 January 1997, London, UK, p. 20.

³⁶⁸ R. LEMKIN, *Les actes créant un danger général (interétatique) considérés comme délits de droit des gens*, Paris Pedone, 1933.

³⁶⁹ *Convention des Nations Unies pour la prévention et la répression du crime de génocide* (1951), 9 décembre 1948, Doc ONU ST/HR/1/Rev.5, 1994, p.689.

du Professeur Lemkin³⁷⁰.

“Le champ d’application du crime de génocide selon le Statut du Tribunal pour l’ex-Yougoslavie.”

En date du 24 janvier 1997, la Convention sur le génocide a été ratifiée par 123 États, soit environ deux tiers des États membres des Nations Unies³⁷¹. Il est de plus reconnu aujourd’hui que la définition de génocide dans la Convention de 1948 fait partie du droit international coutumier:

“(…) les principes sousjacents à la Convention sont des principes reconnus par les États civilisés comme liant les États, même en l’absence de dispositions conventionnelles à cet effet”³⁷²

Cette définition a d’ailleurs été reprise textuellement dans le paragraphe 2 de l’article 4 du Statut du Tribunal pour l’ex-Yougoslavie qui se lit comme suit³⁷³:

“2. Le génocide s’entend de l’un quelconque des actes ci-après, commis dans l’intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel:(…)”

Pour la Commission d’experts, il ne fait aucun doute que la Convention sur le génocide a été adoptée à des fins humanitaires dans le but de garantir l’existence de certains groupes et d’affirmer les principes d’humanité et de moralité les plus élémentaires. La Commission en conclut, étant donné les droits dont il est question, que les obligations légales de ne pas s’adonner au génocide sont reconnues comme étant de nature *erga omnes*³⁷⁴.

370 *Id.*, art.II.

371 Amnesty International, *loc.cit.*, note 367, p.20.

372 Avis consultatif de la Cour internationale de justice du 28 mai 1951, *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 1951 ICJ Rep. 15.

373 *Statut du Tribunal pour l’ex-Yougoslavie*, *op.cit.*, note 259, art. 4.

374 *Rapport final de la Commission d’experts*, *loc.cit.*, note 260, para. 88, p.24.

Selon l'article I de la Convention de 1948, le génocide est un crime en droit international, qu'il soit commis en temps de paix ou en temps de guerre³⁷⁵. Ainsi, sans égard au contexte dans lequel il est commis, que ce soit en temps de paix, au cours d'un conflit interne, pendant un conflit armé international ou lors de toute autre situation, le génocide est un crime punissable en droit international.

L'article premier de la Convention n'a pas été repris dans le Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie. De plus, puisque le seul accusé jugé par le Tribunal en date d'aujourd'hui n'était pas accusé de génocide, le champ d'application *rationae contexti* du crime, en temps de paix comme en temps de guerre, n'a pas encore été confirmé par le TPIY. Pour le Secrétaire général toutefois, cela va de soi en fonction du caractère coutumier de la Convention³⁷⁶.

“les éléments constitutifs du crime de génocide.”

La définition de génocide à l'article 4 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie étant identique à la définition de génocide dans la Convention de 1948, il est donc de mise pour en identifier les éléments essentiels, de s'en remettre à une interprétation de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.

“La destruction totale ou partielle du groupe”

La destruction totale ou partielle du groupe n'implique pas que le groupe en entier

³⁷⁵ *Convention sur le génocide, op.cit.*, note 369, art. I, p.689.

³⁷⁶ *Rapport du Secrétaire général, loc.cit.*, note 265, para. 45.

doit être exterminé³⁷⁷. D'ailleurs les mots "en tout ou en partie" ont été ajoutés au texte pour préciser qu'il n'était pas nécessaire de viser à tuer tous les membres du groupe³⁷⁸. De plus, si l'ensemble des dirigeants d'un groupe sont visés, c'est à dire les chefs politiques, les membres du clergé, les universitaires, les intellectuels ainsi que les chefs d'entreprises, cela pourrait équivaloir à un génocide³⁷⁹ sans égard au nombre. Selon la Commission d'experts, la logique d'une telle affirmation tient au sort du restant du groupe qui a perdu ses dirigeants³⁸⁰. Ainsi, si un groupe perd ses dirigeants et au même moment ou dans un laps de temps rapproché, un grand nombre de ses membres sont tués, victimes d'actes haineux, ou même déportés, il ne fait aucun doute qu'il s'agit là d'un génocide. Pareillement, si un groupe perd simultanément son personnel militaire et ses forces de maintien de l'ordre et qu'il devient vulnérable à d'autres abus de même nature, cela pourrait aussi être un génocide.

"Les groupes protégés"

Selon l'article II de la Convention, tout groupe national, ethnique, racial ou religieux est protégé. Au regard du conflit en ex-Yougoslavie, tant les Serbes, les Musulmans que les Croates répondent à la définition de groupe ethnique et ces groupes pourraient tout aussi bien être identifiés par la religion ou la nationalité. Cela dit, il n'est pas nécessaire que le groupe soit une minorité. Il peut tout aussi bien constituer la majorité.

Le rapport de la Commission d'experts suggère concernant les groupes protégés, que

³⁷⁷ Voir par exemple, Acte d'accusation, Le Procureur du Tribunal contre Željko Meakić, Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, Doc ONU IT-95-8-1, 19 juillet 1995. Ce dernier a été accusé de génocide dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, des bosniaques musulmans et des bosniaques croates, par le meurtre et la soumission intentionnelle à des conditions devant entraîner la destruction de quelques uns des 3000 membres de ces groupes dans la municipalité de Prijedor.

³⁷⁸ *Rapport sur la question de la prévention et la répression du crime de génocide*, Doc ONU E/CN.4/Sub.2/1985/6, para. 29. ce rapport mentionne entre autres: " 'en partie' semble vouloir impliquer un nombre raisonnablement significatif par rapport au nombre total de personnes dans le groupe, ou encore une portion significative d'un groupe tels que ses dirigeants".

³⁷⁹ *Id.*

³⁸⁰ *Rapport final de la Commission d'experts, loc.cit.*, note260, para. 94.

s'il y a plusieurs groupes victimes et que chacun de ces groupes est protégé, alors il serait conforme à l'esprit et à l'objectif de la Convention de considérer ces groupes comme faisant partie d'un plus grand groupe³⁸¹. Si par exemple, les faits démontrent que le groupe A veut détruire "en tout ou en partie" tous les membres des groupes B, C et D, alors il serait pertinent d'analyser le sort de tous ceux qui ne sont pas du groupe A de la même façon que s'ils formaient un groupe homogène.

Tel que mentionné précédemment, les groupes "sociaux" ne font pas partie des groupes protégés par la Convention. Selon Amnesty Internationale, même si l'ajout de ces groupes aurait un certain mérite, il n'y a pas de quoi s'alarmer car les individus faisant partie de ces groupes ne sont pas entièrement sans protection en vertu du droit international. Plusieurs des actes qui constituent un génocide en vertu de la Convention seraient des crimes contre l'humanité s'ils étaient commis systématiquement sur une grande échelle³⁸² contre ces derniers³⁸³. À titre d'exemple, la persécution des membres d'un parti politique peut constituer un crime contre l'humanité.

"L'intention requise"

C'est l'intention de détruire un groupe particulier en tout ou en partie qui fait que des crimes commis sur une grande échelle ou des crimes contre l'humanité se voient attribuer le qualificatif de génocide. Pour entrer dans la catégorie du génocide au sens de la Convention, ces crimes commis contre un grand nombre de personnes doivent donc avoir été commis contre eux en tant que collectivité. Selon la Commission d'experts, il s'agit là de la seule interprétation possible des mots "comme tel" à l'article II.

³⁸¹ *Id.*, para.96.

³⁸² Voir crimes contre l'humanité, *Infra.*, p. 134.

³⁸³ *Amnesty International, loc.cit.*, note 367, p. 24.

Dans la plupart des pays, le mobile n'est pas un élément essentiel pour qu'un acte soit criminel, seule l'intention (*mens rea*) compte. Il en est de même pour la Convention qui ne mentionne pas le mobile.

Selon la Commission d'experts³⁸⁴, l'intention peut se déduire d'un nombre suffisant de faits. Dans certains cas par exemple, la preuve de gestes ou d'omissions sera telle qu'on pourra présumer qu'un accusé devait avoir connaissance des conséquences de ses actes, ce qui permettra d'établir l'intention coupable mais pas nécessairement le mobile.

“Les actes constituant le génocide.”

Les actes qui constituent le crime de génocide sont énumérés à l'article II de la Convention. Ces actes comprennent: le meurtre de membres du groupe, les atteintes graves à l'intégrité physique de membres du groupes, la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle, les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe et le transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.

Pour le Professeur Robinson, la notion de “meurtre de membres du groupe” doit être considérée au sens large³⁸⁵. Sous cet angle, le meurtre inclut l'homicide par omission³⁸⁶. Pour ce qui est des atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale, la Commission du droit international a précisé que cette notion comprend à la fois les blessures corporelles, ce qui implique une quelconque blessure physique et les blessures mentales, ce qui suppose une forme quelconque d'atteinte aux facultés mentales; Seraient donc compris dans cette

³⁸⁴ *Rapport final de la Commission d'experts, loc.cit.*, note 260, para.97.

³⁸⁵ N. ROBINSON, “*The Genocide Convention: A Commentary*”, Institute of Jewish Affairs, New-York, 1960, p. 63.

³⁸⁶ Voir l'homicide intentionnel tel que défini par le CICR, *Supra*, p. 46.

définition, les blessures physiques aux facultés mentales des membres du groupe par l'emploi de narcotiques³⁸⁷.

Concernant la “soumission du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique...”, la Commission du droit international a exprimé l'opinion que cela comprenait la déportation. Quant aux mesures visant à entraver les naissances, selon le Professeur Robinson, cela comprend des actes tels que le viol, s'il est commis systématiquement sur une grande échelle et suivi de grossesses forcées pour empêcher la naissance d'enfants dont les pères seraient du groupe visés³⁸⁸. Finalement, pour ce qui est du “transfert forcé d'enfants...”, cela pourrait inclure toujours selon le Professeur Robinson, la détention arbitraire de ces enfants³⁸⁹.

“Les actes punissables en vertu de l'article 4 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie.”

Le paragraphe 3 de l'article 4 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie qui reprend textuellement l'article III de la Convention stipule que les actes suivants seront punis: le génocide, l'entente en vue de commettre le génocide, l'incitation directe et publique à commettre le génocide, la tentative de génocide et la complicité dans le génocide. Pour la Commission d'experts³⁹⁰, le premier avantage de cette énumération tient au fait qu'elle indique à quel moment le crime devient punissable. Sur cet aspect, notons que la tentative suffit. Deuxièmement, elle décrit le genre d'implication dans un génocide qui entraînera la responsabilité pénale individuelle de son auteur. Ainsi, la responsabilité individuelle s'étendra à ceux qui auront incité au génocide, conspiré en vue de commettre un génocide, tenté de

³⁸⁷ N. ROBINSON, *op.cit.* note 385, p. 65.

³⁸⁸ *Id.*, p. 64.

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ *Rapport final de la Commission d'experts, loc.cit.*, note 260, para. 99.

commettre un génocide ainsi qu'à ceux qui auront commis les actes prohibés décrits plus tôt.

Sous cet angle, la responsabilité individuelle des cerveaux politiques devient possible au même titre que ceux qui ont participé au carnage. C'est d'ailleurs ce qui est prévu par l'article 7 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie qui confirme selon le modèle de l'article IV de la Convention, que la qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'État ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa pénale. Sur ce point, notons que le Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie va plus loin que la Convention. Tout d'abord, le paragraphe 2 de l'article 7 précise que la qualité officielle d'un accusé n'est pas un motif de diminution de peine. De plus, les paragraphes 3 et 4 de l'article 7 du Statut confirme la responsabilité des supérieurs pour des actes commis par leurs subordonnés de même que la non-recevabilité de la défense d'avoir agi en exécution d'un ordre d'un supérieur. Ces éléments sont absents de la Convention.

B. L'habilitation du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie à juger les crimes contre l'humanité.

L'article 5 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie confirme l'habilitation du Tribunal à poursuivre les personnes présumées responsables de crimes contre l'humanité. Ces crimes sont définis comme étant certains actes précis commis au cours d'un conflit armé, de caractère international ou interne, et dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit.

Cette définition se distingue des "crimes contre l'humanité" selon le Statut du Tribunal de Nuremberg³⁹¹ sur au moins deux points majeurs. Tout d'abord, le crime contre l'humanité de Nuremberg mentionnait, nous l'avons vu³⁹², la possibilité qu'il ait été commis "avant ou

³⁹¹ *Statut du Tribunal de Nuremberg*, *op.cit.* note 12.

³⁹² *Supra*, pp. 25-26.

après la guerre”. De plus, le crime contre l’humanité de Nuremberg devait avoir été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, soit un crime de guerre ou un crime contre la paix³⁹³, une notion qui n’apparaît pas à l’article 5 du Statut du Tribunal pour l’ex-Yougoslavie.

“Le lien entre un crime contre l’humanité et l’existence d’un conflit armé.”

L’accusé Tadić, inculpé sous 11 chefs d’accusation pour crimes contre l’humanité par le Tribunal pour l’ex-Yougoslavie³⁹⁴, a soulevé ces différences lors de sa motion préliminaire présentée devant la Chambre de première instance. Selon ses procureurs, la définition de crime contre l’humanité contenue dans le Statut du Tribunal de Nuremberg, définition confirmée par l’Assemblée générale de même que par la Commission du droit international, est toujours en vigueur en vertu du droit international contemporain. Ainsi, pour être punissable, tout crime contre l’humanité allégué doit avoir été commis au cours d’un conflit armé international. Suivant cette logique, le crime contre l’humanité que l’on retrouve dans le Statut du Tribunal pour l’ex-Yougoslavie, qui peut avoir été commis lors d’un conflit armé international ou interne, serait une loi *ex post facto* qui viole le principe *nullum crimen sine lege*³⁹⁵.

Se prononçant sur la portée de l’article 5 lors de l’appel interlocutoire subséquent de Tadić, le juge Cassese de la Chambre d’appel devait rejeter cet argument en s’appuyant sur le raisonnement du Procureur du Tribunal. Selon ce dernier, le lien de connexité entre un crime contre l’humanité et un crime de guerre ou un crime contre la paix, tel que requis par

³⁹³ Voir *supra.*, pp. 29-32.

³⁹⁴ Acte d’accusation, *Le Procureur c. Duško Tadić*, Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie, reproduit dans “*Opinion et jugement devant la Chambre de première instance*”, *précité*, note 250, annex A. L’acte d’accusation comportait 34 chefs d’accusations dont les chefs 1, 7, 11, 14, 17, 20, 23, 26, 28, 31 et 34 étaient des crimes contre l’humanité. Parmi ces derniers, Tadić a été trouvé coupable des accusations 1, 11, 14, 17, 23 et 34 en partie.

³⁹⁵ *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l’appel de la défense concernant l’exception préjudicielle d’incompétence*, *précité*, note 253, para. 139. pp.72-73.

le Statut du Tribunal de Nuremberg, est un phénomène propre à ce Statut et non repris par la suite. Selon le Procureur, en dépit de la résolution de l'Assemblée générale qui confirmait les principes de Nuremberg³⁹⁶ et des principes formulés par la Commission du droit international³⁹⁷, incluant la définition de crime contre l'humanité à l'alinéa 6(c), la nécessité d'un tel lien ne tient ni de la logique ni du droit et elle a été abandonnée depuis. À titre d'exemple, le Procureur cite l'alinéa II(1)(c) de la Loi no 10 du Conseil de contrôle allié, qui dès le 31 janvier 1946 a laissé de côté la nécessité d'un tel lien dans sa définition de crime contre l'humanité³⁹⁸. Le caractère désuet de la nécessité d'un tel lien ressort également, toujours selon le Procureur du Tribunal, des conventions internationales sur le génocide et l'apartheid qui toutes les deux prohibent des types particuliers de crimes contre l'humanité sans égard à l'existence d'un conflit armé³⁹⁹.

Le juge Cassese souligne qu'il est maintenant établi en vertu du droit international coutumier qu'aucun lien n'est requis entre un crime contre l'humanité et un conflit armé international⁴⁰⁰. Il va même plus loin en suggérant que les crimes contre l'humanité sont même indépendants de l'existence de tout conflit. Ainsi, en exigeant qu'un crime contre l'humanité ait été commis au cours d'un conflit armé de caractère interne ou international, le Conseil de sécurité selon lui, a défini ce crime plus étroitement que nécessaire en vertu du droit international coutumier. Il est donc clair que l'article 5 du Statut ne viole pas le principe *nullum crimen sine lege*⁴⁰¹.

³⁹⁶ Résolution 95 (I) de l'Assemblée générale, *supra.*, note 54.

³⁹⁷ Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, *supra*, note 56.

³⁹⁸ *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, précité*, note 253, para. 139. pp.72-73.

³⁹⁹ *Convention des Nations Unies pour la prévention et la répression du crime de génocide* (1951), 9 décembre 1948, Doc ONU ST/HR/1/Rev.5, 1994, p.689.

⁴⁰⁰ *Le Procureur c. Duško Tadić, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, précité*, note 253, para. 141, p. 73.

⁴⁰¹ *Ibid.*

Notons finalement que même si le lien nécessaire entre un crime contre l'humanité et un crime de guerre ou un crime contre la paix au sens du Statut du Tribunal de Nuremberg, l'article 5 du Statut réintroduit tout de même la nécessité d'un lien entre un crime contre l'humanité et l'existence d'un conflit armé, à la différence toutefois que ce conflit peut tout aussi bien être de caractère international ou interne. Toute autre interprétation serait contraire à l'intention du Conseil de sécurité puisque cela autoriserait le Tribunal à juger et à punir certains actes commis au cours de conflits armés internationaux tout en l'obligeant à se fermer les yeux sur des gestes identiques commis lors de conflits armés internes⁴⁰².

“Les personnes protégées”

L'article 5 du Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie stipule que les crimes contre l'humanité qui sont de la compétence du Tribunal sont ceux dirigés contre une population civile quelle qu'elle soit. Est donc protégée, toute la population civile du territoire affecté par un conflit armé, sans aucune discrimination défavorable fondée sur la race, la nationalité, la religion, les opinions politiques ou autre motif. Selon la Commission d'experts, le terme population civile qui comprend les réfugiés est utilisé pour établir une distinction entre les civils et les combattants ou membres des forces armées⁴⁰³.

À cet égard, le rapport final de la Commission d'experts précise que cette distinction n'est pas toujours facile à établir⁴⁰⁴. Selon la Commission, c'est la raison pour laquelle l'information sur la situation en général dans une région donnée sera d'une importance

⁴⁰² *Id.*, para. 78, pp. 43-44.

⁴⁰³ *Rapport final de la Commission d'experts, loc. cit.*, note 260, para. 78.

⁴⁰⁴ Un exemple pratique est utilisé dans le Rapport pour justifier ces propos: En ex-Yougoslavie, les tueries arbitraires sur une grande échelle étaient la marque de commerce d'un groupe connu. L'information concernant ces carnages était utilisée par ce même groupe pour inspirer la peur et exiger la soumission totale du groupe adverse à d'autres endroits. Plusieurs parmi ces tueries barbares commençaient par des bombardements intensifs par l'artillerie suivis par des attaques violentes par l'infanterie pendant que des groupes paramilitaires fouillaient et vidaient chaque maison. Un chef de famille qui dans de telles circonstances tente de protéger sa famille, fusil à la main, ne perd pas pour autant son statut de civil. Il en est de même pour le policier local qui se porte à la défense de son village, seul ou avec d'autres.

capitale au moment d'interpréter la notion de population civile conformément à l'objectif et l'esprit du Statut⁴⁰⁵.

Il est intéressant de noter sur ce point que le Protocole II additionnel aux Conventions de Genève inclut parmi les personnes protégées par cet instrument, "toutes les personnes qui **ne participent pas directement ou ne participent plus** aux hostilités...(nos soulignés)⁴⁰⁶"

"Le caractère massif et systématique des crimes contre l'humanité"

Dans son rapport sur le Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, le Secrétaire général mentionne que les crimes contre l'humanité ont d'abord été reconnus par le Statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg puis par la Loi no 10 du Conseil de contrôle allié en Allemagne. Il décrit ensuite ces crimes comme étant des actes inhumains de nature très sérieuse, commis dans le cadre d'une attaque systématique, sur une grande échelle et contre toute population pour des motifs nationaux, politiques, ethniques, raciaux ou religieux⁴⁰⁷.

Des actes isolés bien que constituant des infractions, comme des exécutions extrajudiciaires par exemple, ou d'autres infractions de droit commun punissables en vertu du droit interne, ne sont pas des crimes contre l'humanité selon cette définition⁴⁰⁸.

La Commission du droit international a expliqué que la notion de "systématique" impliquait une politique ou un plan préconçus⁴⁰⁹. Pour être un crime contre l'humanité, un acte doit donc faire partie d'une politique de persécution ou de discrimination. De plus, de

⁴⁰⁵ *Rapport final de la Commission d'experts, loc.cit.*, note 260, para. 78.

⁴⁰⁶ *Protocole I additionnel aux Conventions de Genève, op.cit.*, note 78, art.4.

⁴⁰⁷ *Rapport du Secrétaire général sur le Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie, loc.cit.*, note 265, paras. 47-48.

⁴⁰⁸ *Rapport final de la Commission d'experts, loc.cit.* note 260. para 84.

⁴⁰⁹ *Rapport de la Commission du droit international, 1996, p. 94.*

tels actes doivent avoir été commis sur une grande échelle. La Commission du droit international a aussi expliqué que la notion de “grande échelle” impliquait des actes commis contre des victimes multiples⁴¹⁰.

En conséquence, tant le nombre de victimes que d’auteurs de ces crimes sera normalement élevé. De plus, puisque les auteurs agissent selon un plan commun, il n’est pas nécessaire qu’ils aient recours aux mêmes moyens ou méthodes. Ce qui est essentiel selon la Commission d’experts, c’est le processus de victimisation systématique contre un groupe protégé⁴¹¹.

L’augmentation drastique de crimes commis suite à l’écroulement général de l’ordre et de la justice dans une région donnée, n’est donc pas automatiquement un crime contre l’humanité. Par contre, tel que souligné dans le rapport final de la Commission d’experts, un écroulement général de l’ordre et de la justice peut être une méthode préméditée ou plutôt une situation orchestrée avec soin pour cacher la vraie nature du dommage voulu⁴¹². Il ne faut donc pas prendre pour acquis que les auteurs de tels crimes ne sont que des éléments hors-contrôle, surtout si ces éléments visent exclusivement des groupes qui sont également persécutés ou victimes de discrimination. Le refus ou le manque de volonté de poursuivre et de juger de tels éléments hors-contrôle, peut aussi être indicatif que ces éléments sont en réalité un outil, servant à mettre en place une politique de crimes contre l’humanité⁴¹³.

En terminant sur le caractère massif et systématique des crimes contre l’humanité, notons que ces crimes peuvent mener à l’extermination de groupes nationaux, raciaux, ethniques ou religieux, même si l’élément “d’intention” qui ferait de ces crimes un génocide

⁴¹⁰ *Id.*, p.95.

⁴¹¹ *Rapport final de la Commission d’experts, loc.cit.*, note 260, para. 84.

⁴¹² *Id.*, para. 85.

⁴¹³ *Id.*, para. 86.

ne peut être prouvé.

“Les actes constituant des crimes contre l’humanité”

Les actes pouvant constituer des crimes contre l’humanité si les éléments essentiels en sont prouvés, sont énumérés aux paragraphes (a) à (i) de l’article 5 du Statut du Tribunal pour l’ex-Yougoslavie. Ces actes comprennent l’assassinat, l’extermination, la réduction en esclavage, l’expulsion, l’emprisonnement, la torture, l’agression sexuelle, les persécutions pour des raisons politiques, raciales ou religieuses et les autres actes inhumains.

Suivant la règle d’interprétation *eiusdem generis*, on entend par “autres actes inhumains”, des crimes sérieux de même nature. Selon la Commission d’experts toutefois, il n’est pas certain que cette règle empêche une interprétation plus large de la notion de “autres actes inhumains”⁴¹⁴. Il est clair cependant que pour entrer dans la catégorie des crimes contre l’humanité, tout acte devra correspondre à des actes reconnus comme faisant partie du droit international coutumier⁴¹⁵.

⁴¹⁴ *Id.*, para 81.

⁴¹⁵ Il est à noter sur ce point que les actes mentionnés à l’article 5 du Statut du Tribunal pour l’ex-Yougoslavie sont déjà mentionnés dans l’article 3 commun aux Conventions de Genève de même que dans le Protocole II additionnel de 1977 aux Conventions de Genève. Ces actes prohibés ne sont en réalité que la codification des exigences élémentaires d’humanité.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

Malgré le momentum engendré par les Résolutions 771(1992) (demandant aux organisations humanitaires internationales de rassembler et de mettre à la disposition du Conseil de sécurité les informations dont elles disposent au sujets des violations du droit humanitaire) et 780 (1992) (demandant au Secrétaire général d'instituer une commission impartiale d'experts), plusieurs juristes internationaux ont été pris par surprise par la Résolution 808 (1993) annonçant la création d'un tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international sur le territoire de l'ex-Yougoslavie⁴¹⁶.

Le 25 mai 1993, soit un peu plus de deux mois suivant l'annonce de sa création, le Statut du Tribunal pour l'ex-Yougoslavie était rédigé et adopté par le Conseil de sécurité. Pour Éric David, malgré tous les défauts qu'on peut lui trouver, le TPIY n'en demeure pas moins une "grande deuxième" après les précédents de Nuremberg et de Tokyo⁴¹⁷.

Aujourd'hui, il est clair que TPIY fait face à de nombreuses difficultés, notamment en ce qui a trait à la comparution des accusés. Toutefois, le Tribunal a commencé à siéger et il a même jugé et condamné un premier accusé. Pour les fins de notre étude, même si le TPIY devait cesser d'exister demain, sa contribution à la consolidation de la pénalisation, en tant qu'organe extra-conventionnel demeurerait significative.

En effet, le TPIY aura contribué à l'avancement du droit sur plusieurs fronts, dont

⁴¹⁶ Ce fut le cas notamment des juristes invités par "l'International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy" à Vancouver au Canada du 22 au 26 mars 1993. Dès l'ouverture de la réunion planifiée depuis quelques mois déjà, les participants étaient informés que l'objectif de la conférence était modifié. Ce qui était prévu comme un séminaire sur l'établissement d'un tribunal pénal international permanent se devait d'être réorienté en fonction des événements récents sur la scène internationale vers la création d'un tribunal pénal international *ad hoc*. *Report, International Meeting of Experts on the Establishment of an International Criminal Court*, International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, Vancouver, Canada, 22-26 March 1993, p. 1. *loc.cit.*, note 286

⁴¹⁷ E. DAVID, *op.cit.*, note 85, p. 640.

deux qui nous intéressent plus particulièrement.

Tout d'abord, le TPIY a confirmé les catégories d'infractions existantes au droit humanitaire, qu'elles soient de nature coutumière ou conventionnelle, en plus d'en préciser le champ d'application. Ensuite, et c'est là le fait d'armes principal du TPIY, il a contribué à diminuer au regard du droit positif, la dichotomie existante entre les conflits armés internationaux et les conflits armés internes.

Le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a précisé la notion "d'infraction graves" et a confirmé que le champ d'application de ces infractions se limite aux conflits armés internationaux. Le TPIY a également défini la notion de "violations aux lois et coutumes de la guerre". Pour commencer, de telles infractions sont dépendantes de l'existence d'un conflit armé, toutefois ce conflit peut tout aussi bien être international ou interne. De plus, pour constituer une infraction, un acte ou une omission devra être contraire soit à une norme conventionnelle (lois de la guerre) ou encore à une norme coutumière (coutumes de la guerre). Deux faits saillants de la décision de la Chambre d'appel sont significatifs à cet égard. Tout d'abord la décision de la Chambre d'appel confirme qu'il existe bel et bien des normes coutumières applicables aux conflits armés internes. Bien que ces normes ne soient pas identifiées avec précision, le principe est important sans compter que le TPIY aura l'occasion d'être plus précis lors de prochains jugements. Deuxièmement, la Chambre d'appel a confirmé que l'absence de dispositions conventionnelles claires voulant qu'une quelconque infraction entraîne la responsabilité pénale individuelle de son auteur n'était pas un obstacle à la répression individuelle, ce qui représente un gain majeur.

Le TPIY a aussi confirmé les notions de génocide et de crimes contre l'humanité en plus d'en préciser les éléments essentiels et le champ d'application. Notons que dans les deux cas il s'agit d'infractions autonomes qui ne sont pas dépendantes de l'existence d'un conflit armé. Pour les fins du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie toutefois, le Secrétaire général a volontairement rétréci la notion de crimes contre l'humanité

en droit coutumier en imposant un lien avec un conflit armé international ou interne. En vertu de cette disposition, si le conflit est terminé, alors il ne peut plus y avoir de crimes contre l'humanité.

Enfin, la Chambre d'appel du TPIY a confirmé certains principes coutumiers importants relatifs à la responsabilité individuelle. Ces principes, déjà confirmés par la Commission du droit international ont été incorporés à même le Statut du Tribunal à l'article 7. Il s'agit de la responsabilité des Chefs d'État et des haut fonctionnaires, de la non-recevabilité de la défense d'avoir agi en exécution des ordres d'un supérieur et de la responsabilité des commandants.

En conclusion, bien que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie soit un tribunal extra-conventionnel qui en fonction de son Statut n'est pas destiné à durer, sa contribution au développement du droit est considérable.

CONCLUSION

Au lendemain du premier conflit mondial, les travaux se sont multipliés dans le but de créer une juridiction pénale internationale. Depuis l'avènement du Tribunal militaire international de Nuremberg, plusieurs propositions ont également été mises de l'avant en vue de la création d'un tribunal pénal international permanent. Dans les deux cas, divers arguments juridiques sont venus à bout des bonnes intentions manifestées.

Il est malheureux de constater que n'eut été de l'horreur du conflit qui a opposé Serbes, Croates et Musulmans sur le territoire de l'ex-Yougoslavie et de la réaction scandalisée de l'opinion publique internationale, nous en serions toujours au même point aujourd'hui. Tel n'est pas le cas cependant. Le Conseil de sécurité a réagi et en l'espace d'un laps de temps relativement court, un tribunal international *ad hoc* était créé pour juger les personnes présumées responsables de violations graves au droit humanitaire international sur le territoire de l'ex- Yougoslavie.

La rapidité relative avec laquelle le Conseil de sécurité a agi dans ce dossier confirme l'hypothèse voulant que ce ne soit pas le "droit" qui ait empêché la création d'une juridiction pénale internationale plus tôt mais bien le manque de volonté au sein de la communauté internationale. Il est à espérer qu'il n'en sera pas ainsi cette fois.

Bien que le TPIY existe depuis plus de quatre ans, il n'a jugé à ce jour qu'un seul accusé. Il s'agit évidemment d'un bilan peu enviable. Toutefois, il ne faut pas négliger la contribution du TPIY au développement du droit. Comme nous l'avons vu, il aura contribué à résoudre deux problèmes majeurs liés à la pénalisation des infractions, soit la responsabilité pénale individuelle qui découle de l'existence de normes coutumières de droit international humanitaire applicables aux conflits armés internes et l'élimination de la dichotomie traditionnelle en droit positif entre les conflits armés internationaux et les conflits armés internes. Nous sommes d'avis qu'il n'est pas normal que depuis bientôt 50 ans, les victimes

des conflits armés à caractère interne ne soient pas aussi bien protégées par le droit en ce que les auteurs de violations au cours de tels conflits échappent à la responsabilité pénale individuelle. D'ailleurs, l'intention du Conseil de sécurité en adoptant le Statut du TPIY était d'abord de faire en sorte que tous les auteurs de "violations graves" au droit international humanitaire soient poursuivis.

Les événements en ex-Yougoslavie semblent avoir ravivé la communauté internationale. Depuis l'adoption du Statut du TPIY, une ébauche de statut pour une éventuelle cour criminelle internationale a été préparée par la Commission du droit international. Un comité *ad hoc* institué par l'Assemblée générale a aussi siégé à plusieurs reprises. Un comité préparatoire, également institué par l'Assemblée générale, a siégé récemment. Ce comité doit se réunir à nouveau sous peu et une conférence diplomatique est prévue pour 1998 dans le but de créer le tribunal tant attendu.

Jamais n'avons nous été aussi proche de la création d'un tribunal pénal international permanent. Notre étude permet de conclure que "le droit" nécessaire pour mener à bien un tel projet existe déjà. À cet égard, il est à espérer qu'un éventuel tribunal pénal international permanent saura tirer profit de l'expérience du TPIY en matière de pénalisation des infractions.

En guise de conclusion, l'on peut s'interroger sur la raison du progrès remarquable accompli dans ce dossier depuis quelques années. Selon nous, ce progrès étonnant à plusieurs égards est liée au passage d'une approche orientée sur la souveraineté des États à une approche fondée sur la personne humaine. Graduellement, la maxime *hominum causa omne jus constitutum est* (tout le droit est créé au bénéfice de la personne humaine) gagne du terrain au sein de la communauté internationale.

BIBLIOGRAPHIE

TRAITÉS A VOCATION UNIVERSELLE

Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, (London Agreement), in SCHINDLER AND TOMAN, The Laws of Armed Conflict - A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents, Genève, Martinus Nijhoff, 1988, Doc. 74, pp. 823-824

Charte des Nations Unies, (1946-1947) 1 R.T.N.U. xvi (texte original)

Charter of the International Military Tribunal for the Far East, in H.S. LEVIE, Terrorism in War - The Law of War Crimes, Newport, Oceana Publications, 1993, Appendix XII, pp. 571-577

Control Council Law No 10, Punishments of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity, 20 December 1945, in LEVIE, H.S., Terrorism in War - The Law of War Crimes, Newport, Oceana Publications, 1993.

Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land, 1899, in SCHINDLER AND TOMAN, The Laws of Armed Conflict - A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents, Genève, Martinus Nijhoff, 1988, Doc. 6, pp. 63-98.

Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land, 1907, in SCHINDLER AND TOMAN, The Laws of Armed Conflict - A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents, Genève, Martinus Nijhoff, 1988, Doc.7, pp. 63-98.

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1987), Doc ONU ST/HR/1/Rev.5, 1994, p.297

Convention concernant les Lois et Coutumes de la guerre sur terre de 1907, (1910), in MARCEL DELTENRE, Recueil Général des lois et coutumes de la guerre terrestre, maritime, sous-marine et aérienne d'après les Actes élaborés par les Conférences internationales depuis 1856, Bruxelles, Les Éditions Ferd. Wellens-Pay, 1943, p.250

Conventions de Genève du 12 août 1949 (Les), in Comité international de la Croix-Rouge, Genève, Publications CICR, 1989

Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés de 1864, (1865), in MARCEL DELTENRE, Recueil Général des lois et coutumes de la guerre terrestre, maritime, sous-marine et aérienne d'après les Actes élaborés par les Conférences internationales depuis 1856, Bruxelles, Les Éditions Ferd. Wellens-Pay, 1943, p.30

Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field of 1906, in SCHINDLER AND TOMAN, The Laws of Armed Conflict - A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents, Genève, Martinus Nijhoff, 1988, Doc. 35, pp. 233-244

Convention de Genève sur l'amélioration du sort des blessés et malades dans les armées en campagne (1931), in MARCEL DELTENRE, Recueil Général des lois et coutumes de la guerre terrestre, maritime, sous-marine et aérienne d'après les Actes élaborés par les Conférences internationales depuis 1856, Bruxelles, Les Éditions Ferd. Wellens-Pay, 1943, p.460

Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War of 1929, in SCHINDLER AND TOMAN, The Laws of Armed Conflict - A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents, Genève, Martinus Nijhoff, 1988, Doc. 39, pp. 271-298

Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (1950), Doc ONU ST/HR/1/Rev.5, 1994, p.701

Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (1950), Doc ONU ST/HR/1/Rev.5, 1994, p.727

Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (1950), Doc ONU ST/HR/1/Rev.5, 1994, p.749

Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949 (1950), Doc ONU ST/HR/1/Rev.5, 1994, p.821

Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (1954), 249 R.T.N.U. 240

Convention de Vienne sur le droit des traités (1980), Doc ONU A/CONF.39/27, 1969

Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (1964) 500 R.T.N.U. 95.

Convention des Nations Unies pour la prévention et la répression du crime de génocide (1951), Doc ONU ST/HR/1/Rev.5, 1994, p.689

Convention des Nations Unies pour l'élimination et la répression du crime d'apartheid (1976), Doc ONU ST/HR/1/Rev.5, 1994, p.80

Convention des Nations Unies sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (1970), Doc ONU ST/HR/1/Rev.5, 1994, p.694

Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (1946-1947) 1 R.T.N.U. 16

Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1976), Doc ONU ST/HR/1/Rev.5, 1994, p.20

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (1978), Doc ONU ST/HR/1/Rev.5, 1994, p.886

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (1978), Doc ONU ST/HR/1/Rev.5, 1994, p.957

Statut de la Cour internationale de justice (1946-1947) 1 R.T.N.U. xvi

Statut du Tribunal militaire international de Nuremberg (1951) 82 R.T.N.U. 279

RÉSOLUTIONS DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), Doc ONU ST/HR/1/Rev.5, 1994, p.1

Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradant (1975), Doc ONU ST/HR/1/Rev.5, 1994, p.294

Définition de l'agression (1974), Doc. off. A.G., 29ième session, supp. no 31, p.198

Principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtement des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité (1973), Doc ONU ST/HR/1/Rev.5, 1994, p.698

Résolution 95 (I) de l'Assemblée Générale des Nations Unies, "Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nuremberg Tribunal", adoptée le 11 décembre 1946, in SCHINDLER, D. ET J. TOMAN, *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Genève, Martinus Nijhoff, 1988, Doc. 75, p. 833

DOCUMENTS INTERNATIONAUX

Acte d'accusation, Le Procureur du tribunal contre Dragan Nikolic, 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, Doc. ONU IT-94-2-I, 7 novembre 1994

Annuaire de la Commission du droit international, 1974, vol. II, 1ère partie, p. 280-302.

Documents de référence, *Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie*, TPIY, Netherlands, 1994.

Historique du problème de la juridiction criminelle internationale, Mémoire du Secrétaire général de l'O.N.U., Doc. ONU A/CN/.4/7, Rev.1, 27 mai 1949

Instructions for the Government of Armies of the United States in the field, promulgated as "General Orders 100, 1863" (Lieber Code), in SCHINDLER, D. AND J. TOMAN, *The Laws of Armed Conflicts - A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Genève, Martinus Nijhoff, 1988, Doc.1 pp. 3-23.

Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, in SCHINDLER, D. ET J. TOMAN, *The Laws of Armed Conflicts - A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Genève, Martinus Nijhoff, 1988, Doc. 76, pp. 835-836

Oxford Manual on the Laws of War on Land, 1880, in SCHINDLER, D. ET J. TOMAN, *The Laws of Armed Conflicts - A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Genève, Martinus Nijhoff, 1988, Doc. 3, pp. 35-48.

Rapport du Secrétaire général établi conformément à la Résolution 808(1993) du Conseil de sécurité, Doc. ONU S/25704, 3 mai 1993

Rapport final de la Commission d'experts constituée conformément à la Résolution 780(1992) du Conseil de sécurité, Doc. ONU S/1994/674, 24 mai 1994

Rapport intérimaire de la Commission d'experts constituée conformément à la Résolution 780(1992) du Conseil de sécurité, Doc. ONU S/25274, 9 février 1993

Rapport intérimaire de la Commission d'experts constituée conformément à la Résolution 780(1992) du Conseil de sécurité, Doc. ONU S/26545, 5 octobre 1993

Rapport sur la création d'un tribunal pénal international présenté par la France, Doc. ONU S/25266

Rapport sur la création d'un tribunal pénal international présenté par l'Italie, Doc. ONU S/25300

Rapport sur la création d'un tribunal pénal international présenté par la CSCE, Doc. ONU S/25307

Règlement de procédure et de preuve, 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, Doc. ONU IT/32/Rev.3, 30 janvier 1995

Report, International meeting of Experts on the Establishment of an international Criminal Tribunal, International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, Vancouver, Canada, 22-26 march 1993.

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, Doc. ONU S/RES/827(1993), 25 mai 1993

Third Annual Report, International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Doc. UN A/51/292, S/1996/665, 16 Aug 96.

Yearbook, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, ICTY, Netherlands, 1995.

JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

Activités militaires et para militaires au Nicaragua, Recueil C.I.J., Arrêt du 27 juin 1986.

Affaire du Lotus, C.P.J.I., avis du 7 février 1927, Série A no 9, p. 19.

Affaire des décrets de nationalité, C.P.J.I., avis du 7 février, Série B, no 4, pp. 24 et ss.

Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Ordonnance du 8 avril 1993, Recueil C.I.J. 1993

Avis sur certaines dépenses des Nations Unies, Recueil C.I.J. 1962, p.151

Avis consultatif du 31 juillet 1930 sur la question des communautés Gréco-bulgares, 1930 Recueil C.P.I.J. p. 32

Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International de Nuremberg, Doc. off., Nuremberg, 1947

Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International de Tokyo, Doc. off., Tokyo, 1948.

The Prosecutor v. Duško Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction in the Appeals Chamber, 2 October 1995, Doc ONU IT-94-1-AR72, 75 pages.

Prosecutor v. Duško Tadić, Opinion and Judgement in the Trial Chamber, 7 May 1994, Doc. ONU IT-94-1-T, 301 pages.

DOCTRINE - OUVRAGES, RAPPORTS ET MONOGRAPHIES

ARBOUR, J.M., *Droit international public*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1985

BASSIOUNI, C., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992

BASSIOUNI, C., *International Criminal Law: Crimes (vol.I)*, New-York, Transnational publishers, 1987

BASSIOUNI, C., *International Criminal Law: Procedure (vol.II)*, New-York, Transnational publishers, 1987

BASSIOUNI, C., *International Criminal Law: Enforcement (vol.III)*, New-York, Transnational publishers, 1987

CARJEU, P.M., *Projet d'une juridiction pénale internationale*, Paris, Pédone, 1953

Commentaire, La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, Conventions de Genève du 12 août 1949, sous la direction de Jean Pictet, Genève CICR, 1952-1959

Commentaire, La Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, Conventions de Genève du 12 août 1949, sous la direction de Jean Pictet, Genève CICR, 1952-1959

Commentaires, La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, Conventions de Genève du 12 août 1949, sous la direction de Jean Pictet, Genève CICR, 1952-1959

Commentaires, La Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, Conventions de Genève du 12 août 1949, sous la direction de Jean Pictet, Genève CICR, 1952-1959

Commentaires des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, CICR, Les Éditions Martinus Nijhoff, Genève 1986

DAVID, E., *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 1994.

GLASER, S., *Droit international pénal conventionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1970.

GREEN, L.C., *Essays on the Modern Law of War*, Dobbs Ferry, New York, Transnational Publishers, Inc., 1985.

INTERNATIONAL CENTER FOR CRIMINAL LAW REFORM AND CRIMINAL JUSTICE POLICY, *International meeting of experts on the establishment of an international criminal tribunal (Report)*, Vancouver, mars 1993

INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Report of the International Meeting of Experts on the Establishment of an International Criminal Tribunal*, (1993), 84 A.J.I.L.930

KALSHOVEN, F., *Belligerent Reprisals*, Leyden, A.W. Sijthoff, 1971

LEMKIN, R., *Les actes créant un danger général (interétatique) considérés comme délits de droit des gens*, Paris Pedone, 1933.

LEVIE, H.S., *The Law of Non-International Armed Conflict*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1987

LEVIE, H.S., *Terrorism in War - The Law of War Crimes*, Newport, Oceana Publications, 1993.

MORIN, J.Y., RIGALDIES, F. ET D. TURP, *Droit international public: Notes et documents*, Tome I, Montréal, Les éditions Thémis, 1987

MUELLER, G.O.W. ET E.M. WISE, *International Criminal Law*, South Hackensack, Fred B. Rothman & CO, 1965

ROUSSEAU, C., *Le droit des conflits armés*, Paris, Pedone, 1983

RUSSBACH, Olivier, *ONU contre ONU, Le droit international confisqué*, Paris, La Découverte, 1994

SCHINDLER, D. ET J. TOMAN, *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Genève, Martinus Nijhoff, 1988

SCHWARZENBERGER, G., *International Law as Applied by International Courts and Tribunals, (vol. II) The Law of Armed Conflict*, London, Stevens & Sons, 1968

SUNGA, L.S., *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1992

DOCTRINE - ARTICLES DE PÉRIODIQUES

ABI-SAAB, R., "Humanitarian Law and Internal Conflicts: The Evolution of Legal Concern", in DELISSEN, A.J.M. ET G.T. TANJA (éd.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, p.197

ANDRIES, A., "Les aléas juridiques de la création d'un tribunal international pour les crimes de guerre commis depuis 1991 sur le territoire de l'ex-Yougoslavie", *Journal des Procès* (Bruxelles), no 239, 14 mai 1993, p.17

ANDRIES, A., DAVID, E., VANDEN WIJNGAERT, C. ET J. VERHAEGEN, "Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit humanitaire", (1994) 11 R.D.P.C. (tiré à part) (70 pages)

BASSIOUNI, C., "The United Nations Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 (1992)" (1994) 88 A.J.I.L. 784

CARTER, K., "Proof Beyond a Reasonable Doubt? Collecting Evidence for the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", (1993) 31 C.Y.I.L. 235

CASSESE, A., "The Status of Rebels under the 1977 Geneva Protocol on Non-International Armed Conflicts", (1981), 30 I.C.L.Q. 416

CICR, *"Rapport sur la protection des victimes de la guerre"*, Déclaration finale de la Conférence internationale pour la protection des victimes de la guerre (Genève, 30 août au 1er septembre 1993), (1993) 75 R.I.C.R. (Tiré à part) (70 pages)

CONDORELLI, L. ET L. BOISSON DE CHAZOURNES, *"Quelques remarques à propos de l'obligation de "respecter et faire respecter" le droit international humanitaire "en toutes circonstances"*, Mélanges Jean Pictet, Genève/La Haye, 1984

DAVID, E., *"L'actualité juridique de Nuremberg"*, in *Le procès de Nuremberg: Conséquences et actualisations*, Colloque international de l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant/U.L.B., 1988, (tiré à part) (176 pages)

DAVID, E., *"Le Tribunal international pénal pour l'ex-Yougoslavie"*, (1992) 2 R.B.D.I. 565, (34 pages)

DAVID, E., *"Droit pénal international: Crimes de guerre-Loi Belge du 16 juin 1993"*, à paraître dans (1994) 26 R.B.D.I. (11 pages)

DOUCET, G., *"La qualification des infractions graves au droit international humanitaire"*, in F.KALSHOVEN, Y.SANDOZ et al. (éd.), *Mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, p.79

DRZEWICKI, K., *"Reporting Mechanism for Supervision of National Legislation Implementing International Humanitarian Law"*, in DELISSEN, A.J.M. ET G.T. TANJA (éd.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, p.545

DRZEWICKI, K., *"National Legislation as a Measure for Implementation of International Humanitarian Law"*, in F.KALSHOVEN, Y.SANDOZ et al. (éd.), *Mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, p.109

FENRICK, W.J., *"In the field with UNCOE: Investigating Atrocities in the Territory of the Former Yugoslavia"*, (soumis pour publication à I.C.L.Q.) (52 pages)

FENRICK, W.J., *"The prosecution of war criminals in Canada"*, (1989) 12 D.L.J.256

FERNANDEZ FLORES, J.L., *"Repression of breaches of the law of war committed by individuals"*, (1991) 72 R.I.C.R.247

FLECK, D., *"La mise en oeuvre du droit international humanitaire: problèmes et priorités"*, (1991) 73 R.I.C.R.148

FORSYTHE, D.P., "Legal Management of Internal War: The 1977 Protocol on Non-International Armed Conflicts, (1978), 72 A.J.I.L. 272

FOX, LADY HAZEL M., "Reparations and state responsibility: claims against Iraq arising out of the invasion and occupation of Kuwait" in P. ROWE (dir.), *The Gulf War in International and English Law*, 1991, University of Liverpool, p. 261.

HAMPSON, F., "Liability for war crimes" in P. ROWE (dir.), *The Gulf War in International and English Law*, 1991, University of Liverpool, p.241

IHRAI, S., "Les mécanismes d'établissement des faits dans les Conventions de Genève de 1949 et dans le protocole I de 1977", in F.KALSHOVEN, Y.SANDOZ et al. (éd.), *Mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, p.153

JACQUART, M., "La notion de crime contre l'humanité en droit international contemporain et en droit canadien", (1990) 21 R.G.D.607

JOURNAL DE MONTRÉAL, "Ses crimes contre l'humanité coûtent cher à Dusan Tadic", Communication Québecor, Montréal, 15 juillet 1997, p. 38.

KELLY, J.B., "Assassination in War Time", (1965), 30 mil LR 101

LEVRAT, N., "Les conséquences de l'engagement pris par les Hautes Parties contractantes de faire respecter les Conventions humanitaires", in F.KALSHOVEN, Y.SANDOZ et al. (éd.), *Mise en oeuvre du droit international humanitaire*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1989, p.263

MERON, T., "Internal Strife: Applicable Norms and a Proposed Instrument", in DELISSEN, A.J.M. ET G.T. TANJA (éd.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, p.249

MERON, T., "Rape as a Crime under International Humanitarian Law", (1993) 87 A.J.I.L.424

NAHLIK, S.E., "From Reprisals to Individual Responsibility", in DELISSEN, A.J.M. ET G.T. TANJA (éd.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, p.165

NAHLIK, S.E., "Le problème des sanctions en droit international humanitaire", in *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honor of Jean Pictet*, Genève, Martinus Nijhoff, 1984, p.469

O'BRIEN, J., "The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia", (1993) 87 A.J.I.L.639

O'BRIEN, J., "The Nuremberg Precedent and the Gulf War", (1991) 31 Virginia J.I.L.391

PELLET, A., "Le tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie: poudre aux yeux ou avancée décisive?", (1994) 48 R.G.D.I.P.7

QUINTANA, J.J., "Les violations du droit international humanitaire et leur répression: Le Tribunal pénal pour l'ex-Yougoslavie", (1994) 76 R.I.C.R.247

ROBINSON, N., *The Genocide Convention: A Commentary*, Institute of Jewish Affairs, New-York, 1960, p.63.

ROWE, P., "War Crimes and the Former Yugoslavia: The Legal difficulties", University of Liverpool, décembre 1993 (texte inédit)

ROWE, P., "Murder and the law of War", (1991), 43 N.I.L.Q. 216

RUSSBACH, O., "La Commission internationale d'établissement des faits: entrevue avec M. André Andries", (1992) 16 Situation 12

SCHUTTE, J.E., "The System of Repression of Breaches of Additional Protocol I", in DELISSEN, A.J.M. ET G.T. TANJA (éd.), *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, p.177

SCHWELB, E., "Crimes Against Humanity", (1946), 23 BYIL 179

VERHAEGAN, J., "Entraves juridiques à la poursuite des infractions au droit humanitaire", (1987) 69 R.I.C.R.634

WAGSCHAL, E., "Nuremberg et les organisations criminelles", (1992) 14 Situation 18

ZAGARIS, B., "International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed on the Territory of the Former Yugoslavia since 1991: Rules of Procedure and Evidence", (1994) 33 I.L.M.484