Première proposition de création d'une cour criminelle internationale permanente

Christopher Keith Hall

Le 15 juin 1998 s'ouvrira à Rome une Conférence diplomatique chargée de combler une des lacunes qui existe depuis longtemps dans le système de mise en œuvre du droit international humanitaire. Cette Conférence, qui durera cinq semaines, devrait aboutir à l'adoption d'une convention portant création d'une cour criminelle internationale permanente[1]. Même si la volonté qui s'exprime actuellement au sein des Nations Unies en vue d'instaurer une cour permanente s'est manifestée pour la première fois il y a cinquante ans — il s'agit de la proposition présentée en 1947 par Henri Donnedieu de Vabres, juge français au Tribunal militaire international de Nuremberg[2] —, on ignore encore souvent que la première proposition sérieuse en ce sens aurait été faite il y a plus de 125 ans par Gustave Moynier, un des fondateurs du Comité international de la Croix-Rouge, qu'il a longtemps présidé. Gustave Moynier fut confronté à bien des problèmes auxquels les rédacteurs du projet de statut de

---

Christopher Keith Hall est conseiller juridique auprès d'Amnesty International, au siège du Secrétariat international de l'organisation à Londres.

Original : anglais

[1] Résolution 52/160 de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 15 décembre 1997.

[2] Le 13 mai 1947, Henri Donnedieu de Vabres, en tant que représentant de la France à la Commission pour le développement progressif et la codification du droit international de l'Assemblée générale des Nations Unies, proposa l'établissement d'une cour criminelle internationale et soumit un mémorandum sur la question deux jours plus tard (*Mémorandum présenté par le délégué de la France. Projet de création d'une juridiction criminelle internationale*, document ONU A/AC.10/21 (1947).

la future cour vont également se heurter lors de la Conférence diplomatique de 1998. Par ailleurs, les points forts et les points faibles de sa proposition sont toujours pertinents aujourd'hui. Le présent article décrit brièvement cette proposition et ses origines, il examine les réactions qu'elle a suscitées à l'époque, l'impact qu'elle a eu par la suite, avant de conclure sur une appréciation de ses mérites.

Jusqu'à ce que Moynier propose de créer un tribunal permanent, presque toutes les affaires de violation du droit de la guerre étaient jugées par des tribunaux *ad hoc,* constitués par un des belligérants — généralement le vainqueur — et non par des tribunaux ordinaires ou par un tribunal pénal international. La première cour criminelle internationale *ad hoc* semble avoir été un tribunal composé de juges originaires d'Alsace, d'Autriche, d'Allemagne et de Suisse. Ce tribunal avait été établi en 1474 pour juger Peter de Hagenbach, accusé de meurtre, viol, parjure et autres crimes commis contre les *« laws of God and man »* (les lois de Dieu et celles des hommes) pendant qu'il occupait la ville de Breisach[3]. Toutefois, quatre siècles devaient encore s'écouler avant que l'idée d'une cour criminelle internationale permanente ne soit à nouveau envisagée sérieusement.

À l'origine, Gustave Moynier n'était pas favorable à l'établissement d'une telle cour. En effet, dans son commentaire de 1870 sur la Convention de Genève de 1864 concernant les militaires blessés[4], il s'interrogeait sur la nécessité de créer une cour internationale pour faire appliquer cette Convention. Il écarta toutefois cette possibilité et préféra faire confiance à la pression de l'opinion publique qui, à son avis, serait suffisante. Il faisait observer « (...) qu'un traité n'est pas une loi imposée par une autorité supérieure à ses subordonnés, [mais] seulement un contrat dont les signataires ne peuvent édicter de peines contre eux-mêmes, puisqu'il n'y aurait personne pour les décréter et les appliquer. La seule garantie rationnelle devrait consister dans la création d'une juridiction internationale, armée de la force nécessaire pour se faire obéir, et, sous ce rapport, la Convention de Genève, participe à une imperfection inhérente à tous les traités internationaux »[5]. Il croyait cependant que la critique publique des violations

[3] Pour un bref compte rendu de ce procès et des renvois à d'autres comptes rendus, voir Georg Schwarzenberger, *International law as applied by courts and tribunals*, vol. II, Londres, Stevens & Sons, 1968, pp. 462-466.

[4] Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne (ci-après « la Convention de Genève »).

[5] *Étude sur la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne (1864* et *1868)*, Paris, Librairie de Joël Cherbuliez, 1870, p. 300.

de la Convention de Genève suffirait, «(...) car cette opinion est en définitive la meilleure gardienne des limites qu'elle a posées elle-même. La Convention de Genève en particulier est due à son influence, et nous pouvons nous fier à elle du soin de l'exécution des ordres qu'elle a dictés (...) La perspective, pour les intéressés, d'être traduits devant le tribunal de la conscience publique, s'ils manquent à leurs engagements, et d'être mis au ban des nations civilisées, constitue un frein assez puissant pour que nous nous croyions fondé à admettre qu'aucun autre ne le vaudrait»[6]. Il nourrissait également l'espoir que chacun des États parties à la Convention de Genève promulguerait une législation imposant des sanctions sévères à ceux qui l'enfreindraient. Il allait être déçu dans les deux cas.

Plusieurs mois après, la guerre franco-allemande éclata. La presse et l'opinion publique des deux camps encouragèrent les atrocités. Moynier fut forcé de reconnaître «(...) l'insuffisance d'une sanction purement morale pour mettre un frein aux passions déchaînées»[7]. De plus, alors que les belligérants se rejetaient la responsabilité des violations, ils ne punirent pas les responsables et n'adoptèrent même pas les lois nécessaires à cet effet. Lors d'une réunion du Comité international de la Croix-Rouge, le 3 janvier 1872, Moynier présenta donc une proposition visant à créer un tribunal international sur la base d'un traité. Cette proposition fut publiée dans le *Bulletin international des sociétés de secours aux militaires blessés* (le prédécesseur de la présente *Revue*)[8].

Le fait que d'autres propositions de création d'une organisation judiciaire internationale aient échoué ne découragea point Gustave Moynier, car elles avaient pour objet de faire appliquer un droit coutumier mal défini, et non une convention. Il n'est pas surprenant que l'exemple suivi pour une telle organisation ait été celui du tribunal arbitral créé l'année précédente à Genève, conformément au Traité de Washington du 8 mai 1871, pour statuer sur les réclamations formulées par les États-Unis à l'encontre de la Grande-Bretagne en raison des dommages causés aux navires nordistes par l'*Alabama*, bateau corsaire confédéré. Le jugement fut rendu le 14 septembre 1872. Cet exemple de tribunal arbitral, même s'il avait l'avantage d'être connu des gouvernements et du grand public

[6] *Ibid.*, pp. 301-302.

[7] Gustave Moynier, «Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève», *Bulletin international des sociétés de secours aux militaires blessés*, n° 11, 1872, p. 122.

[8] *Ibid.*, pp. 122-131. On trouvera en annexe le texte du projet de convention.

en tant qu'organe *ad hoc* destiné à régler les différends entre États, ne convenait pas exactement pour une cour criminelle. Il serait néanmoins injuste de reprocher à Moynier de s'être inspiré d'un des rares modèles existants. Les rédacteurs du projet de statut de la cour criminelle internationale permanente peuvent aujourd'hui prendre pour exemples les quatre tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, plus d'une dizaine d'autres cours internationales et des dizaines de propositions de cour criminelle internationale permanente présentées depuis plus d'un siècle, sans compter l'organisation internationale au sein de laquelle s'inscrira la nouvelle institution. Par contre, à l'exception des tribunaux arbitraux, Moynier n'avait pour modèles que quelques institutions judiciaires ou quasi judiciaires internationales, telles que les tribunaux créés en 1831 et chargés de se prononcer sur les questions relatives à la libre navigation sur le Rhin[9], ou les commissions mixtes de réclamation.

En développant sa proposition, Moynier examina tour à tour les pouvoirs législatif, judiciaire et exécutif en relation avec le droit pénal, avant de conclure à la nécessité d'une institution internationale qui remplacerait les tribunaux nationaux. Les États s'étaient montrés réticents à adopter une législation pénale qu'ils étaient, selon Moynier, moralement tenus de promulguer — en tant qu'État parties à la Convention de Genève — pour empêcher les violations. Aussi Moynier affirma-t-il que la création d'une législation pénale internationale était nécessaire, relevant l'analogie avec de récentes conventions relatives à la propriété littéraire. Il ne jugeait pas souhaitable de laisser aux tribunaux ordinaires des belligérants le soin de traiter les recours judiciaires, car ces tribunaux — quelle que soit la respectabilité des juges qui les composaient — pouvaient à tout moment subir des pressions. Une institution internationale composée de juges choisis à la fois chez les belligérants et dans des États neutres, ou bien exclusivement dans des États neutres, offrirait — théoriquement du moins — de meilleures garanties d'impartialité, ce qui encouragerait les belligérants à accepter son intervention. Moynier soutenait que les gouvernements eux-mêmes n'avaient rien à craindre d'une telle cour, puisqu'ils ne seraient pas directement mis en cause. En effet, «(...) il serait absurde d'imaginer un ordre supérieur donné au mépris de devoirs internationaux formellement reconnus»[10]. L'exécution des jugements serait toutefois du ressort des États.

---

[9] Voir les Conventions de Mayence de 1831, British and Foreign State Papers (B.F.S.P.), 2, p. 52, et de Mannheim de 1868, B.F.S.P., 18, p. 1076.

[10] *Note sur la création d'une institution judiciaire internationale*, *op. cit.* (note 7), p. 126.

Le projet de convention proposé par Moynier comportait dix courts articles. Le tribunal aurait été, en fait, une institution permanente intervenant automatiquement en cas de guerre entre les parties contractantes (article 1). Le président de la Confédération suisse désignait, par tirage au sort, trois États neutres parties à la Convention qui nommeraient chacun un arbitre (dont les fonctions s'apparenteraient plus à celles d'un juge qu'à celles d'un arbitre); deux autres arbitres seraient nommés par les États belligérants (article 2, paragraphes 1 et 2). S'il y avait plus de deux belligérants, les parties alliées ne choisiraient qu'un seul arbitre (article 2, paragraphe 3). Si l'un des États neutres ayant fourni un arbitre devenait belligérant au cours du conflit, on procéderait à un nouveau tirage au sort pour remplacer cet arbitre (article 2, paragraphe 4). Le tribunal n'aurait pas de siège permanent, mais les cinq arbitres devraient se réunir le plus rapidement possible au lieu indiqué provisoirement par le président de la Confédération suisse (article 2, paragraphe 2). Les juges décideraient entre eux du lieu où ils siégeraient (article 3, paragraphe 1), et le tribunal pourrait ainsi tenir séance dans le lieu le plus pratique pour les prévenus et les témoins.

La proposition laissait à l'appréciation des juges les détails d'organisation du tribunal ainsi que la procédure à suivre chaque fois que le tribunal se réunirait (article 3, paragraphe 1). On retrouvait cependant certains aspects de la procédure dans tous les cas traités. Le tribunal mènerait une enquête contradictoire (article 4, paragraphe 3) et prononcerait dans chaque cas particulier un verdict de culpabilité ou d'acquittement (article 5, paragraphe 1). L'État plaignant jouerait le rôle de Ministère public. Si la culpabilité du prévenu était établie (étant entendu qu'il incomberait au plaignant d'en apporter la preuve), le tribunal prononcerait un jugement, conformément au droit international, qui ferait l'objet d'un nouveau traité distinct de la Convention de Genève (article 5, paragraphe 2).

Seuls les « gouvernements intéressés » seraient autorisés à adresser une plainte au tribunal (article 4, paragraphe 1). Moynier craignait en effet que le tribunal ne fût submergé de réclamations injustifiées. Si toute personne ayant à se plaindre de l'ennemi avait le droit de s'adresser directement au tribunal, « les réclamations se multiplieraient à l'infini, et les arbitres seraient exposés à devenir les jouets de la légèreté ou de l'ignorance de personnes qui, n'ayant aucun risque à courir, ne se gêneraient pas pour provoquer des enquêtes ». Il était donc essentiel de prescrire aux gouvernements de soumettre les plaintes de leurs ressortissants à un examen préalable et de ne saisir le tribunal que lorsque celles-ci avaient été jugées suffisamment bien

fondées[11]. Moynier se rendait compte qu'ainsi, toutes les plaintes n'arriveraient pas nécessairement jusqu'au tribunal, « (...) mais ce qui importe bien davantage, c'est que, lorsqu'un étranger sera mis en cause, il ne puisse pas être privé de la garantie offerte par la juridiction internationale », puisque les gouvernements avaient l'obligation de soumettre au tribunal tous les cas impliquant des étrangers (article 4, paragraphe 2)[12]. Le tribunal aurait par conséquent compétence exclusive pour juger toutes les affaires impliquant un étranger. Si le plaignant, l'accusé et les juges avaient tous la même nationalité, personne n'encourrait un préjudice nécessitant une action internationale, « (...) mais l'obligation de recourir aux arbitres doit être imposée dans toute autre circonstance »[13].

Reconnaissant que les termes de la Convention de Genève ne permettaient pas d'imposer la responsabilité pénale, Moynier proposa de définir dans un traité séparé les violations des dispositions de cette Convention et les peines prononcées par le tribunal (article 5, paragraphe 2), mais il ne s'attela pas lui-même à cette tâche.

Le tribunal devrait, pour chaque cas particulier, déterminer l'innocence ou la culpabilité du prévenu (article 5, paragraphe 1) — rejetant ainsi les peines collectives — après une enquête contradictoire (article 4, paragraphe 3). Tous les États signataires, et spécialement les États belligérants, auraient l'obligation d'accorder « toutes facilités » au tribunal (article 4, paragraphe 3). Les peines, qui seraient spécifiées dans une convention distincte, devaient être conformes « à la loi pénale internationale » (article 5, paragraphe 2). Il était de cette manière exclu qu'un même acte puisse faire l'objet de plusieurs sanctions fondées sur différentes législations nationales, telles que celle du pays où le crime aurait été commis, ou celle du pays d'origine de l'accusé ou de la victime. Les jugements du tribunal seraient notifiés aux gouvernements intéressés, qui seraient chargés de faire appliquer les peines prononcées contre les coupables (article 6).

Le tribunal non seulement condamnerait les coupables, mais il pourrait aussi accorder une indemnité aux victimes, à la seule condition que le gouvernement plaignant ait introduit une demande en dommages et intérêts (article 7, paragraphe 1). Il incomberait au gouvernement du délin-

[11] *Ibid.*, p. 128.

[12] *Ibid.*

[13] *Ibid.*

quant de payer cette somme (article 7, paragraphe 2). Selon Moynier, l'obligation pour l'auteur d'un dommage de le réparer était élémentaire et figurait dans les codes de la plupart des États. De la même façon, il soutenait qu'une violation de la Convention de Genève pouvait donner lieu à une demande en dommages et intérêts et, « (...) quoi de plus naturel que de conférer au tribunal international le pouvoir de statuer sur cette prétention et de déterminer le montant de l'indemnité ? »[14]. Du reste, il était juste qu'en pareil cas, le gouvernement du délinquant assume la responsabilité du paiement de l'indemnité accordée par le tribunal, « (...) car la Convention ne peut guère être violée que par des agents de l'autorité. D'ailleurs, on peut dire que les gouvernements sont la cause de tous les maux de guerre, et qu'ils en doivent supporter les conséquences. Il ne serait pas équitable que les individus lésés fussent victimes de l'insolvabilité personnelle des coupables immédiats. Et puis, enfin, il n'est pas mauvais que les gouvernements aient un intérêt direct et pécuniaire à ce que la Convention soit fidèlement observée par leurs ressortissants »[15].

À titre dissuasif, le tribunal communiquerait les jugements à tous les États parties à la Convention de Genève, jugements qui seraient « traduits par eux, s'il y a lieu, dans la langue de leur pays, et publiés à bref délai dans leur feuille officielle » (article 8, paragraphe 1). Le tribunal ferait de même dans le cas des « avis auxquels les arbitres croiront nécessaire de donner de la publicité, dans l'intérêt de leurs travaux, notamment en ce qui concerne l'application de la pénalité et le paiement des dommages et intérêts » (article 8, paragraphe 2). Moynier précisa qu'il souhaitait « (...) assurer aux travaux du tribunal la publicité la plus étendue, car c'est à cela qu'il faut viser, pour former et éclairer l'opinion publique, qui lui servira de point d'appui »[16].

Les frais du tribunal seraient pris en charge, au fur et à mesure de ses besoins, par les belligérants, et non par l'ensemble des États, sur la base plus rassurante d'un règlement à long terme (article 9, paragraphe 1). Les comptes du tribunal feraient l'objet d'un rapport final qui serait publié de la même manière que ses jugements (article 9, paragraphe 2), et les archives du tribunal seraient fusionnées avec celles de la Confédération suisse (article 10).

---

[14] *Ibid.*, p. 127.

[15] *Ibid.*

[16] *Ibid.*, p. 128.

La proposition de Moynier fut à l'origine d'un échange de correspondance suivi avec quelques-uns des experts les plus renommés en droit international, parmi lesquels Francis Lieber, Achille Morin, de Holtzendorff, John Westlake, ainsi qu'Antonio Balbín de Unquera et Gregorio Robledo au nom du Comité central de la Croix-Rouge espagnole. Toutes les lettres furent publiées quelques mois plus tard dans la *Revue de droit international et de législation comparée*, avec un commentaire de Gustave Rolin-Jaequemyns[17]. Certains de ces experts se félicitèrent de l'initiative de Moynier visant à renforcer la mise en œuvre de la Convention de Genève. La plupart, cependant, prétendaient que l'établissement d'une institution judiciaire internationale comme celle qui était proposée ne serait pas aussi efficace que d'autre méthodes, et tous se montrèrent très critiques sur plusieurs aspects de la proposition. Certains critiquaient l'idée même d'une telle institution, préférant d'autres solutions. Lieber était partisan de l'arbitrage traditionnel entre États et il demanda qu'une grande réunion internationale d'experts soit organisée afin de combler les lacunes qui existaient alors en droit international. De Holtzendorff et Rolin-Jaequemyns soutenaient que l'établissement de commissions d'enquête internationales et le renforcement de la protection des sociétés de secours étaient prioritaires. De Holtzendorff souligna l'importance de faire connaître les règles de la Convention de Genève. Lieber fit valoir que l'absence d'une force de police garantissant l'application des décisions du tribunal conduirait à l'échec, et Westlake doutait qu'il fût possible d'obliger des témoins militaires à comparaître au cours d'une guerre. Morin insista sur l'importance de faire la distinction entre les violations accidentelles, mineures (le tribunal se prononçant sur la responsabilité civile) et les violations graves, qui relèvent du code pénal et qui devraient être définies dans une convention supplémentaire (selon Morin, il appartiendrait dans ces cas au tribunal d'établir la responsabilité pénale, en laissant au gouvernement du pays d'origine de l'accusé le soin d'appliquer les peines stipulées dans la convention). Par ailleurs, le Comité central de la Croix-Rouge espagnole approuvait totalement la proposition, signalant toutefois qu'il serait difficile d'obliger les États à garantir le paiement des indemnités, que les arbitres devraient tous être neutres et que l'initiative de convoquer le tribunal ne devrait pas être laissée au président de la Confédération suisse. De plus, Rolin-Jaequemyns fit savoir qu'une des

[17] Gustave Rolin-Jaequemyns, «Convention de Genève: Note sur le projet de M. Moynier, relatif à l'établissement d'une institution judiciaire internationale, protectrice de la convention», dans *Revue de droit international et de législation comparée*, 4e livraison, 1872, pp. 325-346.

grandes puissances européennes était prête à signer, après l'avoir examinée attentivement, une convention inspirée de celle suggérée par Moynier. Quoi qu'il en soit, vu le peu d'enthousiasme avec lequel les experts juridiques avaient accueilli la proposition, aucun gouvernement n'en fit état publiquement.

Il est difficile de dire quel fut l'impact direct de la proposition de Moynier par la suite. L'idée de créer un tribunal international chargé de juger les violations du droit de la guerre fut examinée lors d'une réunion de l'Institut de droit international, à Cambridge en 1895, mais la proposition resta sans suite[18]. Toutefois, à l'exception de cette nouvelle initiative, le projet semble avoir sombré dans l'oubli. Certains parmi les partisans influents d'une cour pénale internationale permanente qui suivirent Moynier, de même que la plupart des grands ouvrages historiques sur l'évolution de propositions en faveur de la création d'une telle cour, ne citent même pas la proposition de Moynier[19]. À vrai dire, le Comité international de la Croix-Rouge, lui non plus, n'a pas fait référence à cette proposition dans ses récentes déclarations devant le Comité préparatoire des Nations Unies pour la création d'une cour criminelle internationale[20].

Après plus d'un siècle de développement rapide dans le domaine du droit humanitaire et celui des institutions judiciaires internationales, il est difficile d'évaluer les mérites de la proposition de Moynier dans le contexte de son époque. En outre, le court projet de convention en dix articles ne devrait pas être jugé comme s'il s'agissait d'un traité soigneusement élaboré, qui aurait vu le jour après des années de préparation et de négociation lors d'une conférence diplomatique. Son auteur déclara qu'il

---

[18] Benjamin Ferenez, *An International Criminal Court: A Step Toward World Peace — A Documentary History and Analysis*, 1980, p. 6.

[19] Voir, par exemple, M. Cherif Bassiouni, *Draft Statute: International Criminal Tribunal*, 1993, pp. 1-45 ; Ferenez, *op. cit.* (note 18), pp. 1-7 ; Timothy L.H. McCormack, « From Sun Tzu to the Sixth Committee: The Evolution of an International Criminal Law Regime », *The Law of War Crimes: National and International Approaches*, Timothy L. H. McCormack & Gerry J. Simpson (éds), 1997, pp. 31-63 ; Historique du problème de la juridiction criminelle internationale (Mémorandum du Secrétaire général), document ONU A/CN.4/7/ Rev. 1, 1949 ; Vespasian Pella, « Towards an International Criminal Court », *American Jounal of International Law*, vol. 44, 1950, p. 37.

[20] Elle n'a cependant pas été complètement oubliée par le Comité international de la Croix-Rouge. Voir, par exemple, Pierre Boissier, *Histoire du Comité international de la Croix-Rouge — De Solférino à Tsoushima*, Paris, Librairie Plon, 1963, pp. 281-284, pour un bref compte rendu de la proposition. André Durand la cite également dans son article *La participation de Gustave Moynier à la fondation de l'Institut de droit internal (1873)*, *RICR* n° 810, novembre-décembre 1994, pp. 585-606.

serait satisfait «(...) si seulement cette communication provoquait, de la part des hommes compétents, une étude sérieuse de la question que j'ai soulevée»[21]. Toutefois, les remarques préliminaires exposées ci-après, même si elles paraissent dans une certaine mesure anachroniques par rapport à la fin du XIXe siècle, peuvent être intéressantes dans le cadre des débats en cours sur la forme que doit prendre la cour criminelle internationale permanente, dont la création est proposée.

Il est difficile de comprendre aujourd'hui à quel point la proposition d'une juridiction pénale internationale était novatrice. Certes, des dizaines d'hommes politiques, de spécialistes du droit et d'écrivains, comme Rousseau, avaient évoqué avant 1872 l'idée d'une cour internationale permanente chargée de régler les différends entre les États — ils l'avaient généralement fait sans s'y attarder et souvent même pour la rejeter, la jugeant peu réaliste. La proposition de Moynier semble donc avoir été le premier effort sérieux de projet de statut d'une cour criminelle internationale permanente compétente pour juger les violations du droit humanitaire. De plus, la proposition contenait de nombreuses idées progressistes, dont certaines vont aujourd'hui encore au-delà des considérations de bien des gouvernements, comme la compétence exclusive pour juger certaines affaires et l'octroi d'une indemnité aux victimes.

Le fait de choisir pour modèle un tribunal arbitral plutôt qu'une cour, même si ce type de tribunal présentait l'avantage d'être connu des gouvernements et du grand public, posa des problèmes quant à la structure de l'institution. On retrouve d'ailleurs certains d'entre eux dans le projet de statut préparé par la Commission du droit international. Par exemple, le tribunal n'aurait pas été une institution composée de juges, d'un procureur, d'un greffier et d'un personnel permanents. Cette décision reflétait peut-être l'optimisme qui régnait à la fin du XIXe siècle, quand on pensait que les guerres étaient essentiellement une affaire du passé, qu'elles seraient rares à l'avenir et qu'elles se produiraient entre des puissances européennes qui partageaient la conviction qu'il fallait conserver le système de droit et de relations internationaux d'alors, indépendamment des différences dans le partage du pouvoir entre elles. Cependant, le fait que le personnel du tribunal ne soit pas permanent aurait rendu impossible toute continuité ou mémoire institutionnelle et aurait provoqué des délais importants lors de chaque convocation du tribunal, affaiblissant ainsi son pouvoir de dissuasion avant que les guerres n'éclatent.

---

[21] *Note sur la création d'une institution judiciaire internationale*, *op. cit.* (note 7), p. 129.

Une autre faiblesse, qui aurait certainement été résolue si les gouvernements avaient examiné sérieusement la proposition, était de ne pas avoir assorti la proposition d'un projet de convention qui aurait qualifié de crimes les violations de la Convention de Genève et qui en aurait précisé les sanctions. Cela n'aurait évidemment pas été une tâche facile. De fait, bien qu'il ait fallu plus d'un siècle pour élaborer un vaste ensemble de règles, presque exhaustif, du droit humanitaire et du droit des droits de l'homme (par exemple, la prohibition de la torture, du crime de génocide et des crimes contre l'humanité), les artisans de la cour criminelle internationale permanente se heurtent toujours aux problèmes que pose la définition, d'une part, des violations du droit humanitaire, de sorte qu'elle satisfasse aux principes de légalité et, d'autre part, des sanctions appropriées.

On peut comprendre, peut-être, que la proposition de Moynier ait été, par prudence, limitée au problème immédiat qui était d'attribuer une responsabilité pénale internationale pour les violations de la Convention de Genève commises lors des guerres entre États. Les gouvernements de l'époque n'auraient peut-être pas volontiers accepté que la compétence du tribunal s'étende davantage. Il n'en reste pas moins décevant de savoir que le tribunal n'aurait pas été compétent pour juger les violations du droit coutumier, qu'elles se soient produites lors de conflits armés internationaux ou à l'occasion de conflits internes, et cela malgré les horreurs de la guerre de Sécession quelques années auparavant — horreurs mises en évidence par le procès d'Andersonville[22]. En fait, il aurait été plus facile de rédiger une proposition dans laquelle le tribunal aurait été compétent pour juger les violations du droit humanitaire dans les conflits armés internes. En effet, cette branche du droit, qui est exposée dans le Code de Lieber[23], avait servi de base pour les poursuites pénales engagées sur le plan national ; elle était déjà largement acceptée comme reflétant le droit coutumier en vigueur dans les conflits armés internes (elle a en outre beaucoup influencé le développement du droit humanitaire qui régissait

[22] Le major confédéré Henry Wirz, commandant de la prison militaire d'Andersonville, en Géorgie, où moururent quelque 14 000 prisonniers de l'Union à la suite de maladies, de malnutrition et des conditions de logement déplorables, fut condamné par une commission militaire des États-Unis pour avoir causé leur mort. Voir 8 House Exec. Docs., N° 23, serial N° 1381, 40th Cong., 2d Sess. 764 (1868) ; 8 *Amer. State Trials* 666, J. D. Lawson ed., 1918.

[23] Connu également sous le titre *Instructions pour le comportement de l'armée des États-Unis en campagne, promulguées sous le nom « Ordres généraux n° 100 »*, Washington, D.C., 24 April 1863.

les conflits armés internationaux) et aurait pu aisément être adaptée pour être utilisée par le tribunal. Les États n'étaient pas disposés, à l'époque, à attribuer une responsabilité pénale internationale en cas de violation du droit humanitaire dans les conflits armés internes. En fait, c'est seulement avec l'établissement des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda qu'il a été généralement admis que la responsabilité pénale internationale s'appliquait à de telles violations. Pourtant, Moynier signalait déjà qu'il serait utile d'étendre la compétence du tribunal à d'autres traités, en particulier à la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1886, en vertu de laquelle les Parties contractantes s'engageaient à renoncer mutuellement, en cas de guerre entre elles, à l'emploi de projectiles explosibles d'un poids inférieur à 400 grammes, et qu'il serait souhaitable, une fois le tribunal créé, que sa compétence recouvre d'autres traités. Cependant, dans sa proposition, le projet de convention ne comprenait aucune disposition prévoyant des amendements. Le Comité préparatoire examine actuellement une proposition danoise visant à instaurer une procédure d'examen pour voir si les crimes relevant du droit international autres que le crime de génocide, les crimes contre l'humanité et les violations graves du droit humanitaire devraient eux aussi être soumis à la juridiction de la cour, une fois celle-ci constituée.

Certes, l'article 3 du projet de convention proposé par Moynier, qui laissait aux arbitres le soin de fixer les règles de procédure, avait le mérite de la souplesse, puisque le tribunal pouvait ainsi réagir à des situations variées, au fur et à mesure que les guerres et le droit international évoluaient. Cela impliquait toutefois que le modèle de l'arbitrage dépouillait les règles de leur caractère indiscutable, un grave défaut pour une institution judiciaire internationale. Il était tout à fait possible pour le tribunal de se doter d'une structure et d'une procédure presque complètement différentes chaque fois qu'il serait convoqué lors de guerres successives ou même si plusieurs guerres éclataient simultanément. Il pouvait arriver que dans un conflit donné, un prévenu ait droit à un contre-interrogatoire, à l'aide judiciaire gratuite et à l'exclusion de la preuve par ouï-dire, alors que ce droit était refusé à un autre prévenu dans un autre conflit, ce qui conduisait — pour des faits semblables — à un verdict de non-culpabilité dans le premier cas et à une condamnation dans le second.

À une époque où il n'existait pas un ensemble de règles ni de normes internationales largement reconnues relatives au droit à un procès équitable, mais seulement quelques principes généraux de droit pénal, tels que *nemo debet esse judex in propria causa* (nul ne peut être juge et partie), on pouvait dans une certaine mesure s'attendre à ce que la proposition ne

prévoie pratiquement pas de garantie concernant le droit à un procès équitable, garanties aujourd'hui considérées comme indispensable[24]. Néanmoins, il est décevant que l'auteur n'ait pas essayé de définir quelques-uns de ces principes généraux ou de préciser certains aspects des garanties judiciaires d'équité dans les affaires pénales susceptibles de provoquer une grande controverse et une vive émotion. On commençait à peine à définir ces principes dans le cadre de plaintes déposées par des États qui exerçaient une protection diplomatique, sur la base d'une doctrine toute récente reconnaissant une norme internationale de justice, au nom de leurs nationaux qui avaient été blessés dans d'autres pays et n'avaient pu obtenir justice[25]. De plus, l'emploi du terme *inquiry* (enquête) suggère une démarche s'apparentant davantage à une procédure informelle devant une commission d'enquête qu'à celle d'un procès. Il n'y avait alors pas les garanties nécessaires à un procès équitable. On n'en trouve d'ailleurs pas non plus dans la plupart des propositions qui ont été faites par la suite, avant la présente tentative[26].

Malheureusement, Moynier ne prit en compte que les violations au sujet desquelles les gouvernements intéressés auraient porté plainte (article 4, paragraphe 1). Il n'était pas sensé savoir alors que les États n'utiliseraient pratiquement jamais les mécanismes de recours étatique prévus dans les traités du XXe siècle relatifs aux droits de l'homme pour traiter les violations des droits de la personne, qu'il s'agisse ou non de

---

[24] On retrouve ces normes dans les dispositions d'un grand nombre d'instruments internationaux, notamment les articles 9, 10 et 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948); les articles 9, 14 et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966); Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus (1985); Ensemble des principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement (1988); Déclaration sur l'indépendance de la justice (document ONU); Principes de base relatifs au rôle du barreau (document ONU); Principes directeurs applicables au rôle des magistrats du parquet (document ONU), de même que dans des traités régionaux des droits de l'homme.

[25] Voir, par exemple, le célèbre discours de Lord Palmerston à la Chambre des Lords le 25 juin 1850 au sujet de la controverse de Finlay et Paçifico avec la Grèce. L'homme politique britannique y rejeta l'argument selon lequel les États ne pouvaient pas protester lorsque leurs nationaux étaient torturés ou persécutés par d'autres États qui faisaient de même avec leurs propres citoyens. (112 Hansard's Parliamentary Debates, 3rd Ser., 1850, 381-388). Pour d'autres informations concernant cet incident et l'histoire du concept de déni de justice du XIIIe siècle jusqu'à la proposition de Moynier, voir Louis B. Sohn & Thomas Buergenthal, *International Protection of Human Rights*, 1973, pp. 23-58.

[26] Pour un examen sur l'insuffisance des garanties de procédure dans le projet de statut de la Commission du droit international, voir Amnesty International, *The international criminal court: Making the right choices — Part II: Organizing the court and guaranteeing a fair trial,* AI Index: IOR 40/11/97, 1997, pp. 42-92.

leurs propres citoyens[27]. Le fait de laisser seuls les « gouvernements intéressés » — probablement les États dont les nationaux ou les résidents étaient des victimes — porter plainte comportait un danger : la plupart de ces gouvernements étant des belligérants, ils pouvaient éventuellement avoir un intérêt commun à s'abstenir de porter plainte dans les situations où les deux camps auraient commis des violations et à privilégier des solutions diplomatiques au dépens des droits des victimes. Le problème était en partie résolu par l'obligation faite aux États parties à la Convention de Genève de déférer au tribunal toutes les affaires auxquelles ils désiraient donner suite et toutes celles mettant en cause des étrangers (article 4, paragraphe 2). La proposition laissait toutefois aux États le soin de déterminer eux-mêmes si une affaire relevait de la compétence du tribunal, et si un étranger était ou non impliqué. Tous les États parties, en particulier les belligérants, étaient tenus d'octroyer « toutes facilités » au tribunal (article 4, paragraphe 3) — une remarquable anticipation de la coopération des États. Lors de la session du Comité préparatoire en décembre 1997, une tentative fut faite en vue d'insérer dans le projet de statut de la cour criminelle internationale permanente une clause selon laquelle tous les États parties devraient coopérer avec la cour ; ce fut l'une des questions les plus controversées de la session.

On s'accorde aujourd'hui de plus en plus à reconnaître que les obligations relevant du droit humanitaire sont des obligations *erga omnes* (à l'égard de tous), que tous les États ont le devoir de faire respecter, bien que certains gouvernements au sein du Comité préparatoire essaient de limiter aux seuls États intéressés le nombre des États autorisés à porter plainte, à savoir l'État qui détient le prévenu, l'État sur le territoire duquel le crime a été commis, l'État dont le prévenu est originaire et celui dont la victime est originaire. Conscients des problèmes que poserait le fait de

[27] Au 30 janvier 1998, aucun État n'avait utilisé les procédures de recours étatique prévues pour les États dans l'article 41 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966) ; l'article 21 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains et dégradants (1984) ; les articles 45 et 61 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (1969) ; l'article 47 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981). Seules douze plaintes ont été déposées par les États, conformément aux articles 24 et 46 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) (1950). Depuis 1951, date à laquelle la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (1948) entra en vigueur, un seul État a saisi la Cour internationale de Justice, conformément à l'article IX, pour dénoncer un génocide commis par les citoyens d'un autre État. *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine contre Yougoslavie (Serbie et Monténégro)*, présentée le 20 mars 1993.

n'autoriser que les États à porter plainte, de nombreux gouvernements, observateurs indépendants et organisations non gouvernementales ont déclaré qu'il faudrait un procureur indépendant, comme celui des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda. En effet, celui-ci est autorisé à ouvrir des enquêtes et à engager des poursuites, sous réserve d'une révision judiciaire, sur la foi de renseignements obtenus de toutes sources[28].

Un aspect fondamental de la proposition présentée par Moynier était que le tribunal aurait compétence exclusive pour juger toutes les affaires, quelles qu'elles soient, qui étaient de son ressort et auxquelles l'État plaignant désirait donner suite, ainsi que toutes les affaires, quelles qu'elles soient, impliquant des étrangers (article 4, paragraphe 2). Le seul recours, si un État intéressé ne saisissait pas le tribunal, était qu'un autre État intéressé fasse lui-même la démarche. Le Statut des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda, ainsi que le projet de statut pour la création d'une cour criminelle internationale élaboré par la Commission du droit international, prévoient la concurrence de juridiction, mais ils stipulent également que pour les affaires où les États ne peuvent pas ou ne veulent pas enquêter sur les personnes soupçonnées de crimes ni les poursuivre, la cour ou les tribunaux internationaux pourraient exercer leur juridiction[29].

Un autre aspect important de la proposition de Moynier était que le tribunal pouvait accorder une indemnité aux victimes, mais seulement si l'État plaignant accompagnait sa plainte d'une demande en dommages et intérêts (article 7, paragraphe 1). Même si la proposition ne mentionnait pas expressément que le tribunal accorderait une indemnité directement à la victime ou à ses héritiers, il est clair que Moynier souhaitait que les victimes ne soient pas lésées à cause de l'insolvabilité des coupables. Le

[28] L'article 18 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie stipule que : « Le Procureur ouvre une information d'office ou sur la foi des renseignements obtenus de toutes sources, notamment des gouvernements, des organes de l'Organisation des Nations Unies, des organisations intergouvernementales et non gouvernementales. Il évalue les renseignements reçus ou obtenus et se prononce sur l'opportunité ou non d'engager les poursuites. » L'article 17 du Statut du Tribunal international pour le Rwanda est identique.

[29] Voir l'article 10.2 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ; l'article 9.2 du Statut du Tribunal international pour le Rwanda ; l'article 42.2 du Projet de statut d'une cour criminelle internationale, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-sixième session, 2 mai-22 juillet 1994, documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 10, (document ONU A/49/10 (1994).

projet de statut préparé par la Commission du droit international laisse aux tribunaux nationaux le soin de régler la question des réparations aux victimes et à leurs familles, mais il faut espérer que le Comité préparatoire recommandera que ce pouvoir soit attribué à la cour criminelle internationale permanente.

Moynier admettait que le tribunal aurait un effet dissuasif plus important encore si ses travaux étaient largement connus. L'obligation de publier dans les journaux officiels des différents États parties (article 8 et article 9, paragraphe 2) les jugements, les décisions et le rapport financier était une bonne façon de les faire connaître aux agents de l'État, aux législateurs et à la presse. Bien qu'aujourd'hui tous les jugements et de nombreuses décisions des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda soient diffusés sur Internet, ces organes pourraient envisager de demander que leurs jugements et leurs décisions soient publiés dans le journal officiel de chaque État, ce qui leur conférerait une reconnaissance officielle et les rendrait plus accessibles au public. Le Comité préparatoire pourrait aussi proposer que le statut de la future cour criminelle internationale permanente contienne une disposition semblable, applicable à tous les États parties, et demander aux autres États d'en assurer également la publication.

Un problème sérieux posé par la proposition de Moynier était que les frais du tribunal devraient être supportés, au fur et à mesure de ses besoins, par les États belligérants, et non par l'ensemble des États sur la base plus rassurante d'un règlement à long terme (article 9, paragraphe 1). S'appuyant sur l'expérience des tribunaux arbitraux, à propos desquels les États concernés couvraient, sans grandes difficultés, les dépenses relatives au traitement des arbitres et les frais qu'ils auraient eux-mêmes engagés, Moynier considérait non sans raison que cette méthode de financement serait suffisante. Toutefois, avec du recul, il apparaît que cette approche aurait pu poser de graves problèmes, particulièrement en cas de conflit, lorsque des violations étaient commises en nombre et que des enquêtes approfondies étaient nécessaires, car les arbitres et le personnel n'auraient pas pu faire des plans, en raison de leur emploi temporaire, sans avoir une certaine assurance qu'ils seraient payés ou que les dépenses nécessaires au tribunal seraient rapidement couvertes. Le Comité préparatoire doit encore résoudre les problèmes de financement de la future cour. Certains États ont déclaré qu'un peu à la façon du tribunal de Moynier, les États plaignants devraient financer la cour. D'autres soutiennent que cette charge incombe à tous les États parties, alors que d'autres encore prétendent que le financement sûr et à long terme de la cour devrait être garanti et inscrit au budget ordinaire des Nations Unies (comme c'est le cas avec

la Cour internationale de Justice), financement complété éventuellement par le budget réservé aux opérations de maintien de la paix (quand les cas sont soumis par le Conseil de sécurité), ou par des contributions volontaires à un fonds d'affectation spéciale.

La proposition de Moynier présentait certaines faiblesses, il est vrai. Pourtant, si elle avait été adoptée, même sous une forme modifiée, les États auraient assurément accepté, lors des Conférences internationales de la paix de La Haye de 1899 et de 1907, de donner compétence au tribunal pour qu'il juge les violations des Conventions de La Haye. Une telle mesure aurait eu un impact considérable sur l'opinion publique, ainsi que sur la conduite de la guerre par les commandements militaires, sur les responsables civils et le comportement des troupes lors des guerres qui ont si durement frappé le XXe siècle. Aujourd'hui, on ne peut que faire des hypothèses sur l'impact qu'une cour criminelle internationale compétente pour juger les violations de la Convention de Genève de 1864 et des Conventions de La Haye aurait eu sur le comportement des troupes dans la guerre russo-japonaise, les guerres balkaniques et la Première Guerre mondiale, ainsi que sur le développement du droit humanitaire dans les guerres civiles et les autres conflits armés internes.

Cent vingt-cinq ans après l'audacieuse proposition de Gustave Moynier, les perspectives sont de plus en plus prometteuses de voir la communauté internationale adopter un traité portant création d'une cour criminelle internationale permanente. Le contraste est frappant si l'on considère la réaction des grands experts en droit international en 1872. Plus de 300 organisations non gouvernementales de par le monde ont en effet uni leurs forces dans une Coalition des ONG pour une cour criminelle internationale, afin de créer un mouvement d'opinion favorable à l'établissement rapide d'une cour efficace. Pourtant, le Comité préparatoire examine actuellement un projet de statut où certaines des difficultés rencontrées par Moynier n'ont pas encore été résolues. Il appartiendra à l'opinion publique de faire en sorte que les représentants des gouvernements à la Conférence diplomatique de Rome élaborent un statut digne du visionnaire qu'était Moynier.

Projet de convention pour la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève[30]

par Gustave Moynier, Genève, 1872

Article 1er

Pour assurer l'exécution de la Convention de Genève du 22 août 1864 et de ses articles additionnels, il sera, en cas de guerre entre deux ou plusieurs puissances contractantes, constitué un tribunal international auquel pourront être adressées les plaintes concernant des infractions à ladite Convention.

Article 2

Ce tribunal sera formé de la manière suivante:

Dès que la guerre aura été déclarée, le Président de la Confédération suisse désignera, par le sort, trois des puissances signataires de la Convention, à l'exclusion des belligérants.

Les gouvernements de ces trois puissances seront, ainsi que ceux des États belligérants, invités à nommer chacun un arbitre, et les cinq arbitres choisis s'assembleront, le plus promptement possible, au lieu qui leur sera provisoirement indiqué par le Président de la Confédération suisse.

Si la lutte s'engage entre plus de deux États souverains, ceux qui feront cause commune se concerteront pour le choix d'un arbitre commun.

Si, pendant le cours de la guerre, l'un des États neutres qui ont fourni des arbitres devient belligérant, un nouveau tirage au sort aura lieu pour remplacer l'arbitre nommé par lui.

Article 3

Les arbitres s'entendront entre eux sur le choix définitif du lieu où ils siégeront.

[30] Gustave Moynier, « Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et à réprimer les infractions à la Convention de Genève », *Bulletin international des sociétés de secours aux militaires blessés*, n° 11, 1872, p. 122.

Les détails d'organisation du tribunal et la procédure à suivre seront laissés à leur appréciation.

Ils fixeront aussi eux-mêmes le moment où ils estimeront pouvoir cesser de siéger.

Article 4

Le tribunal ne s'occupera que des infractions au sujet desquelles des plaintes lui auront été adressées par les gouvernements intéressés.

Ceux-ci devront lui déférer toutes les affaires auxquelles ils désireront donner suite, et dans lesquelles des étrangers se trouveront impliqués.

Le tribunal soumettra les faits incriminés à une enquête contradictoire, pour laquelle toutes facilités devront lui être octroyées par les gouvernements signataires de la Convention, et spécialement par les belligérants.

Article 5

Le tribunal formulera son opinion, pour chaque cas particulier, dans un verdict de culpabilité ou de non-culpabilité.

Si la culpabilité est reconnue, il prononcera une peine, conformément à la loi pénale internationale qui devra faire l'objet d'un traité complémentaire de la présente Convention.

Article 6

Les jugements du tribunal seront notifiés par lui aux gouvernements intéressés, et ceux-ci seront tenus d'infliger aux coupables les peines prononcées contre eux.

Article 7

Lorsqu'une plainte sera accompagnée d'une demande en dommages et intérêts, le tribunal aura qualité pour statuer sur cette prétention et pour fixer le montant de l'indemnité.

Le gouvernement du délinquant sera responsable de l'exécution de la sentence.

Article 8

Les jugements du tribunal seront communiqués à tous les gouvernements signataires de la Convention, traduits par eux, s'il y a lieu, dans la langue de leur pays, et publiés à bref délai dans leur feuille officielle.

Il en sera de même des avis auxquels les arbitres croiront nécessaire de donner de la publicité, dans l'intérêt de leurs travaux, notamment en ce qui concerne l'application de la pénalité et le paiement des dommages et intérêts.

Article 9

Les frais du tribunal, y compris le traitement des arbitres et leurs indemnités de déplacement, seront supportés par égales proportions par les États belligérants, qui devront, au fur et à mesure de ses besoins, lui fournir les fonds qui lui seront nécessaires.

La comptabilité du tribunal fera l'objet d'un rapport final, qui recevra la même publicité que ses décisions.

Article 10

Les archives du tribunal seront réunies, à Berne, à celles de la Confédération suisse.