

DEVANT LA CHAMBRE D'APPEL
TRIBUNAL SPÉCIAL POUR LE LIBAN

Affaire n° : STL-11-01/PT/AC/AR90.1

Devant : M. le juge David Baragwanath, Juge président
M. le juge Ralph Riachi
M. le juge Afif Chamseddine
M. le juge Daniel David Ntanda Nsereko
M. le juge Kjell Erik Björnberg

Le Greffier : M. Herman von Hebel

Date : 24 août 2012

Déposant : La Défense de M. Mustafa Amine Badreddine

Original : Français

Type de document : Public

LE PROCUREUR

c.

**SALIM JAMIL AYYASH,
MUSTAFA AMINE BADREDDINE,
HUSSEIN HASSAN ONEISSI &
ASSAD HASSAN SABRA**

Mémoire d'appel de la Défense de M. Badreddine à l'encontre de la « Décision relative aux contestations par la Défense de la compétence et de la légalité du Tribunal »

Bureau du Procureur :
M. Norman Farrell

Conseils de M. Salim Jamil Ayyash :
M^c Eugene O'Sullivan
M^c Émile Aoun

Bureau de la Défense :
M^c François Roux

Conseils de M. Mustafa Amine Badreddine :
M^c Antoine Korkmaz
M^c John Jones

Représentants légaux des victimes :
M^c Peter Haynes
M^c Mohammad F. Mattar
M^c Nada Abdelsater-Abusamra

Conseils de M. Hussein Hassan Oneissi :
M^c Vincent Courcelle-Labrousse
M^c Yasser Hassan

Conseils de M. Assad Hassan Sabra :
M^c David Young
Dr Guénaél Mettraux



I. INTRODUCTION

1. Conformément à l'article 90-B-i du Règlement de procédure et de preuve (le "Règlement"), la Défense de M. Mustafa Amine Badreddine (la "Défense") interjette appel de la décision rendue le 27 juillet 2012¹ (la "Décision") par la Chambre de première instance (la "Chambre") sur l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par la Défense le 9 mai 2012² (la "Requête") visant à faire constater l'illégalité de la création du Tribunal spécial pour le Liban (le "Tribunal") par la résolution 1757 (2007) du 30 mai 2007³ (la "Résolution") du Conseil de sécurité (le "Conseil") de l'Organisation des Nations Unies (ONU).
2. Dans la Requête, la Défense invoquait le pouvoir de vérifier la légalité de sa propre institution dont dispose tout tribunal international. En l'espèce, un tel pouvoir implique celui d'apprécier, à titre incident, la validité de la Résolution contestée car elle est affectée — notamment — de détournement de pouvoir. Il en résulte que le Tribunal n'a pas été "établi par la loi". En conséquence, la Défense demandait à la Chambre de se déclarer incompétente pour connaître des poursuites engagées contre M. Badreddine.
3. Le 27 juillet 2012, la Chambre a rejeté la Requête. Après l'avoir déclarée recevable — mais en vertu du principe qui veut qu'un tribunal ait été "établi par la loi" et non pas en tant qu'exception d'incompétence — elle a, sur le fond, élué l'essentiel des chefs de demande en se refusant tout pouvoir de contrôle des résolutions du Conseil.
4. Projetant de faire appel de cette décision sur le fondement de l'article 90-B-i du Règlement, la Défense a, le 1^{er} août 2012, sollicité de la Chambre d'appel l'extension du

¹ TSL, *Le Procureur c Ayyash et autres ("Ayyash")*, STL-11-01/PT/TC, Décision relative aux contestations par la Défense de la compétence et de la légalité du Tribunal, 27/07/2012 ("Décision")

² *Ayyash*, STL-11-01/PT/TC, Exception préjudicielle d'incompétence du Tribunal spécial pour le Liban déposée par la Défense de M. Badreddine, 9/05/2012, et Version corrigée, 6/06/2012 ("Exception").

³ S/RES/1757.

délaï de recours et l'augmentation du nombre de mots autorisé⁴. Le Procureur s'est opposé à la recevabilité de cette requête⁵. Une telle opposition était, évidemment, prématurée.

5. Toujours est-il qu'à titre conservatoire, pour le cas — improbable — où la Chambre d'appel partagerait les vues de la Chambre quant à la qualification de la Requête et, en conséquence, jugerait irrecevable l'appel fondé sur l'article 90-B-i du Règlement, la Défense a déposé le 8 août 2012 une requête en certification conformément à l'article 90-B-ii⁶.
6. Le 6 août 2012, la Chambre d'appel a fixé au 24 août 2012 l'expiration du délai imparti pour déposer le mémoire d'appel et a permis l'extension du volume dudit mémoire à 10 000 mots⁷.
7. Dans ces conditions, la Défense prie la Chambre d'appel de réformer la Décision, car la Chambre n'a pas véritablement justifié les positions qu'elle a prises, parfois en se contredisant, ceci :
 - tant sur le plan de la recevabilité, en ce qu'elle oppose exception d'incompétence et contestation de la création du Tribunal,
 - que sur le fond, dans la mesure où elle a refusé d'examiner la légalité de sa création en invoquant une absence de pouvoir injustifiée à l'égard des résolutions du Conseil, ce qui lui permettait d'éluder le grief de détournement de pouvoir affectant la Résolution.
8. En conséquence, la Défense lui demande respectueusement de :
 - déclarer son appel interlocutoire recevable parce que dirigé contre une décision intervenue sur une exception d'incompétence, conformément à l'article 90-B-i du Règlement (II) ;

⁴ *Ayyash*, STL-11-01/PT/AC, Requête de la Défense de M. Badreddine aux fins d'extension du nombre de mots autorisé et de prorogation de délai en vue du dépôt d'un appel de la "Decision on the Defence Challenges to the Jurisdiction & Legality of the Tribunal", 1/08/2012.

⁵ *Ayyash*, STL-11-01/PT/AC, Prosecution Consolidated Response to the Badreddine Defence and Oneissi Defence Requests for Extensions of Time and Page Limits for Filing Appeals to the Trial Chamber "Decision on the Defence Challenges to the Jurisdiction and Legality of the Tribunal", 2/08/2012

⁶ *Ayyash*, STL-11-01/PT/TC, Requête de la Défense de M. Badreddine aux fins de certification de l'appel de la "Decision on the Defence Challenges to the Jurisdiction and Legality of the Tribunal", 8/08/2012.

⁷ *Ayyash*, STL-11-01/PT/AC, Arrêt relatif à la requête de la Défense aux fins d'augmentation du nombre de mots autorisé et de prorogation de délai, 6/08/2012.

- déclarer cet appel bien fondé, le contrôle exercé sur la création du Tribunal par la Résolution permettant aux juges d'en apprécier la légalité (III) ;

- enfin, constater que cette légalité est radicalement affectée — notamment — par un détournement de pouvoir entachant la Résolution (IV).

9. Au vu de l'importance de l'objet, la Défense prie également la Chambre d'appel de tenir une audience publique avant de statuer sur le présent appel.

II. Recevabilité de l'appel

10. Contrairement à ce que soutient le Procureur⁸, quelle que soit l'approche retenue par la Décision, la logique requiert que la Défense persiste en appel dans la voie procédurale retenue en première instance. Par exemple, si un justiciable se trouve débouté comme irrecevable par un tribunal de commerce au motif que sa requête ne relève pas du code de commerce en vigueur, et qu'il conteste cette irrecevabilité, il est évident qu'il portera son appel devant la chambre commerciale de la cour d'appel et ce, indépendamment de la conclusion de la juridiction de premier degré. À la connaissance de la Défense, il n'existe aucune règle selon laquelle la nature d'un litige serait déterminée une fois pour toute en première instance, ni aucun principe en vertu duquel les voies d'appel diffèreraient selon que l'on se situe sur le terrain de la recevabilité ou du fond. Au surplus, la Chambre d'appel a la compétence inhérente d'entendre des appels portant sur des questions essentielles afin d'éviter une injustice⁹. Le fait que le Procureur ne s'oppose pas à la requête en certification déposée à titre conservatoire par la Défense, considérant que les raisons pour lesquelles la Chambre a jugé la Requête recevable "*would also warrant the Trial Chamber to certify the Legality Decision for appeal*"¹⁰, révèle bien que la conception étiquée de la recevabilité soutenue par le Procureur ne va en fait pas dans l'intérêt de la justice. En tout état de cause, la Chambre a certifié la Décision aux fins d'appel¹¹.

⁸ *Prosecution Consolidated Response*, note 5, par 4

⁹ *Ayyash*, STL-11-01/AC/R176bis, Décision relative aux requêtes de la Défense en réexamen de la décision de la Chambre d'appel du 16 février 2011, 18/07/2012, par 34.

¹⁰ *Ayyash*, STL-11-01/PT/TC, *Prosecution Consolidated Response to Requests of The Defence for Badreddine and Oneissi for Certification to Appeal the Decision on the Defence Challenges to the Jurisdiction and Legality of the Tribunal*, 17/08/2012, par.6.

¹¹ *Ayyash*, STL-11-01/PT/TC, *Decision Certifying for Appeal the "Decision on the Defence Challenges to the Jurisdiction and Legality of the Tribunal"*, 23/08/2012.

11. Il reste que, pour la Défense, la contestation de la légalité de l'institution du Tribunal fait, en l'espèce, l'objet d'une exception d'incompétence relevant de l'article 90 du Règlement. Par conséquent, le présent appel est fondé sur l'alinéa B-i dudit article.
12. La Décision affirme que la Requête se fondait "sur l'article 90 E) ainsi que sur l'article 126¹²". Cette observation est inexacte. En effet, la Défense avait précisé que la voie de l'article 126 étant "prématurée puisqu'elle s'ouvre seulement 'après l'attribution d'une affaire à la Chambre de première instance' selon l'article 126(B) du Règlement et que cette attribution n'a pas encore eu lieu", sa requête constituait une exception préjudicielle¹³.
13. La Chambre a aussi relevé — exactement, cette fois — que tout en qualifiant expressément sa requête d'exception d'incompétence relevant de l'article 90 du Règlement, la Défense reconnaissait qu'une qualification alternative d'exception préjudicielle "innommée" était concevable au cas où prévaudrait une interprétation restrictive de l'article 90-E¹⁴.
14. La Chambre a ensuite formellement écarté la qualification d'exception d'incompétence¹⁵ — sans véritablement s'en expliquer. Elle a, cependant, déclaré la Requête recevable dans la mesure où la Défense soutient que le Tribunal n'avait pas été "établi par la loi"¹⁶. À cet égard, la Décision présente la particularité de ne pas indiquer les dispositions — autres, par définition, que celles de l'article 90-A du Règlement¹⁷ — qui fondent à ses yeux cette recevabilité.

A. Contester la légalité de la création du Tribunal revient à soulever une exception d'incompétence

15. La Requête est identique à celle sur laquelle s'est naguère prononcée la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) dans l'affaire *Tadić*¹⁸. La défense de Tadić avait, alors, soulevé une exception d'incompétence fondée sur l'illégalité

¹² Décision, par.21.

¹³ Exception, par.4-5.

¹⁴ Exception, par.6-8 ; Décision, par.21

¹⁵ Décision, par.27-37.

¹⁶ Décision, par 38-40

¹⁷ La Décision écarte également la qualification d'exception préjudicielle au sens de cet article (par 38)

¹⁸ TPIY, *Le Procureur c Tadić*, IT-94-I-AR72, Arrêt relatif à l'appel de la Défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2/10/1995 ("*Tadić*").

de la création du TPIY par la résolution 827 (1993), prise en vertu du Chapitre VII de la Charte de l'ONU (la "Charte"). Or, la Défense soulève ici la même exception dirigée, cette fois, contre la Résolution. Il importe donc de rappeler la raison pour laquelle, les chambres du TPIY, du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR)¹⁹ et du Tribunal spécial pour la Sierra Léone (TSSL)²⁰ ont jugé cette sorte de requête recevable en tant qu'exception d'incompétence.

16. Dans l'affaire *Tadić*, la Chambre de première instance avait estimé que "la légalité de la création du Tribunal international n'[était] pas véritablement une question de compétence²¹". Au contraire, dans son arrêt du 2 octobre 1995, la Chambre d'appel a qualifié d'exception d'incompétence le moyen pris de la création illégale du TPIY :

[...] si le Tribunal international n'était pas créé légalement, il ne serait pas doté du pouvoir légitime de décider en ce qui concerne la date, le lieu, les personnes ou le domaine de la compétence matérielle. L'appel fondé sur l'illégalité de la création du Tribunal international touche le principe même de la compétence en tant que pouvoir d'exercer la fonction judiciaire dans tout domaine. Il est plus radical, dans le sens où il excède et englobe tous les autres appels relatifs à la portée de la compétence. Il s'agit là d'une question préalable qui détermine tous les autres aspects de la compétence²².

17. Il est hors de doute qu'à son tour, la Chambre d'appel accueillera favorablement la qualification qu'impose un tel raisonnement.
18. Encore faut-il que soit écarté l'obstacle, plus apparent que réel, que la Chambre a cru pouvoir trouver dans l'article 90-E du Règlement. Ce texte reproduit d'assez près les dispositions de l'article 72 du Règlement de procédure et de preuve du TPIY modifié en décembre 2000 — donc, depuis l'arrêt *Tadić*.
19. Sa modification par le TPIY avait un but particulier : il s'agissait d'épargner à ce tribunal une multiplication des exceptions préjudicielles visant l'illégalité prétendue de sa création.

¹⁹ TPIR, *Le Procureur c. Kanyabashi*, TPIR-96-15-T, Décision sur l'exception d'incompétence de la Défense, 18/06/1997 ("*Kanyabashi*").

²⁰ TSSL, *Le Procureur c. Norman, Kallon and Kamara, Decision on Constitutionality and Lack of Jurisdiction*, SCSL-2004-14-AR72(E), SCSL-2004-15-AR72(E), SCSL-2004-16-AR72(E), 13/03/2004 ("*Norman*").

²¹ TPIY, *Le Procureur c. Tadić*, IT-94-1-T, Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence soulevée par la Défense, 10/08/1995, par.4.

²² *Tadić*, par.12 [non souligné dans l'original].

C'est ainsi que, se fondant sur le nouveau texte, le TPIY a écarté plusieurs requêtes contestant la validité de sa création²³.

20. Or, dans la Décision, la Chambre a jugé que l'article 90-E du Règlement exclut la qualification d'exception d'incompétence pour toute requête contestant la validité de la création du Tribunal — comme l'exclut, à propos du TPIY, l'article 72-D de son règlement.
21. Une telle appréciation est insoutenable pour deux sortes de raisons. D'abord, la définition donnée, pour le Tribunal, par l'article 90-E diffère de celle de l'article 72-D du Règlement du TPIY : moins restrictive, la définition de l'article 90-E vise toute contestation d'un "acte d'accusation au motif qu'il ne se rapporte pas à la compétence matérielle, temporelle ou territoriale du Tribunal" — ce qui inclut, nécessairement, la contestation de la création même du Tribunal conformément à l'analyse développée par l'arrêt *Tadić*. Ensuite, la rédaction "large" de l'article 90-E convient exactement à la situation actuelle d'un tribunal qui n'a pas encore affronté la contestation de sa création.
22. La Requête est, en effet, la première de la sorte qui ait été présentée au Tribunal. Par conséquent, la Chambre d'appel de céans est, à cet égard, dans une situation comparable à celle que la Chambre d'appel du TPIY a connue en 1995 et nullement dans une situation équivalente à celle que le TPIY devait rencontrer depuis décembre 2000.
23. La Chambre d'appel reformera donc, sur ce point, la Décision, tout comme, le 2 octobre 1995, la Chambre d'appel du TPIY avait, sur le même point, réformé la décision du 10 août précédent.

B. Faiblesses de la Décision

24. La motivation de la Décision est particulièrement faible. Elle comporte deux affirmations symétriques : irrecevable au titre de la compétence du Tribunal (1), la Requête serait

²³ Voir notamment TPIY, *Le Procureur c. Šešelj*, IT-03-67-PT, Décision relative à l'exception préjudicielle soulevée par Vojislav Šešelj pour incompétence et vices de forme de l'acte d'accusation, 26/05/2004, par.11 ; *Le Procureur c. Milutinović*, IT-05-87-T, Décision concernant la demande présentée par Nebojša Pavković pour rejeter l'acte d'accusation dressé contre lui au motif que le Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies a illégalement créé le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, 21/02/2008, par.14-15.

pourtant recevable à un autre titre non précisé — mais qui, par une contradiction surprenante, nous ramène à la compétence (2).

1 Irrecevabilité au titre de la compétence

25. La première affirmation concerne la qualification d'exception d'incompétence retenue par la jurisprudence qu'inaugure l'arrêt *Tadić*. Cette qualification est refusée — mais aucun des deux arguments avancés au soutien de ce refus ne convaincront la Chambre d'appel. D'ailleurs, ils ne se distinguent l'un de l'autre qu'en apparence.
26. Le premier argument est une interprétation littérale de l'article 90-E du Règlement qui définit l'exception d'incompétence, la Chambre observant que son texte "n'inclut ni n'exclut expressément les requêtes contestant la légalité du Tribunal ou la validité de sa création", tandis que "[a]ucun autre article n'autorise ni n'interdit expressément une telle contestation"²⁴.
27. Le second argument est en quelque sorte, de principe : "[l]a Chambre de première instance conclut que lesdites requêtes ne constituent pas des exceptions d'incompétence — telles qu'elles sont exclusivement et correctement définies dans les articles 90 A) i) et 90 E) — mais des exceptions d'illégalité du Tribunal²⁵ ; or, selon elle, "la légalité et la compétence sont en réalité des concepts juridiques distincts²⁶". Toutefois, l'argument de texte ne vaut que dans la mesure où il peut s'appuyer sur l'argument de principe qui vient, en quelque sorte, le valider. La Chambre précise, en effet, que :

[l]'article 90 E) doit [...] être interprété selon son libellé très clair ; il contient une liste exhaustive des exceptions d'incompétence recevables devant ce Tribunal. Et la légalité et la compétence étant des concepts juridiques distincts, une exception d'illégalité n'entre pas dans la définition des exceptions 'd'incompétence' prévues à l'article 90 A) i)²⁷.

Si donc, l'article 90-E est inapplicable à la contestation de la création du Tribunal c'est essentiellement parce qu'il s'agit d'une question radicalement autre que celles que peut poser la compétence.

²⁴ Décision, par 27.

²⁵ Décision, par 37.

²⁶ Décision, par.28.

²⁷ Décision, par.32.

28. En fin de compte, dans le raisonnement de la Chambre, les deux arguments se confondent ou, si l'on préfère, l'argument de principe est fondamental. Il est donc remarquable que la Chambre se borne à l'affirmer de manière péremptoire, sans autrement s'en expliquer. On ne peut, en effet, considérer comme une justification le renvoi pur et simple à la décision du 10 août 1995 rendue dans l'affaire *Tadić*, alors que cette décision a été réformée en appel le 2 octobre suivant — l'opinion dissidente du Juge Li, également invoquée²⁸, ne pouvant raisonnablement prévaloir, en droit, sur l'arrêt de la Chambre d'appel du TPIY.
29. Or, en dépit du caractère fondamental de son argument de principe, la Chambre en prend, finalement, le contre-pied, lorsqu'elle s'efforce de justifier la recevabilité de la Requête par l'exigence que le Tribunal ait été "établi par la loi".

2 Recevabilité au titre de l'établissement du Tribunal par la loi

30. La Chambre a jugé qu'en dépit de son refus de qualifier la Requête d'exception d'incompétence, ladite requête n'en était pas moins recevable. Elle a justifié cette recevabilité en affirmant que :

[I]e Statut du Tribunal confère néanmoins le droit aux accusés d'être jugé selon 'les normes internationales de procédure pénale les plus élevées', et le Tribunal doit se conformer au droit international des droits de la personne, qui garantit le droit d'un accusé d'être jugé par un tribunal 'établi par la loi'²⁹.

31. Cette formule, difficilement contestable, est intéressante par la conséquence qu'en tire la Chambre :

[I]es conseils de la défense soutenant que le Tribunal n'a pas été 'établi par la loi', la Chambre de première instance doit déterminer s'il l'a été [...]. Dans le cas contraire, la Chambre de première instance pourrait être amenée à renoncer à exercer tout ou partie de sa compétence³⁰.

Le raisonnement ici développé — à vrai dire impeccable — illustre précisément la thèse consacrée depuis l'arrêt *Tadić* et, pourtant, formellement rejetée par la Chambre : la légalité de la constitution du Tribunal détermine le principe même de sa compétence ; par conséquent, contester cette légalité revient à soulever une exception d'incompétence.

²⁸ Décision, par.28-29.

²⁹ Décision, par.38.

³⁰ Décision, par.39 [non souligné dans l'original].

32. On ne peut rêver meilleure démonstration du bien fondé de ladite thèse, que cette contradiction affectant la Décision.
33. La Chambre d'appel reformera donc, sur ce point, la Décision et, déclarant recevable le présent recours, elle abordera le fond de l'affaire ce qui l'amènera à examiner la légalité de la création du Tribunal.

III. Le Tribunal doit examiner la légalité de sa création

A. Un principe de droit bien établi

34. À partir du procès de Nuremberg, aucun tribunal n'a refusé d'examiner la légalité de sa création — à la seule exception de la Chambre de première instance du TPIY dont la décision a été, sur ce point, formellement réformée en appel. Le droit est donc fixé : un principe général de nature coutumière impose aux juridictions d'exercer ce contrôle lorsqu'elles en sont priées. Ce principe trouve son fondement dans la garantie des droits fondamentaux : dès 1950, la Convention européenne des droits de l'homme disposait que "toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue [...] par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi³¹".

1 Nuremberg et Tokyo

35. La légalité du Tribunal militaire international de Nuremberg avait été contestée par la défense. Ce Tribunal a donc pris soin de la justifier :

La rédaction du Statut dépendait du pouvoir législatif souverain exercé par les États auxquels le Reich allemand s'était rendu sans conditions ; le monde civilisé a reconnu à ces États le droit de faire la loi dans les territoires occupés.

Le Statut ne constitue pas l'exercice arbitraire, par les nations victorieuses, de leur suprématie. Il exprime le Droit international en vigueur au moment de sa création ; il contribua, par cela même au développement de ce droit.

Les Puissances signataires ont institué ce Tribunal, déterminé la loi applicable, fixé des règles appropriées de procédure. En agissant ainsi, ces puissances ont fait ensemble ce que

³¹ Article 6.

chacune d'elles pouvait faire séparément. La faculté de sanctionner le droit par la création de juridictions spéciales est une prérogative commune à tous les États³².

36. À son tour, le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient s'est interrogé sur la licéité de sa création, affirmant sur ce point être "en parfait accord" avec les conclusions de son prédécesseur³³.

2 Les tribunaux actuels

37. Plus récemment, la légalité de la création du TPIY par une résolution du Conseil a été examinée dans l'arrêt *Tadić*.
38. La Chambre de première instance du TPIR — créé un an plus tard par une résolution similaire — a également examiné la légalité de sa création dans l'affaire *Kanyabashi* ; à cette fin, ladite chambre a précisément discuté la notion de "menace contre la paix"³⁴.
39. Enfin, le TSSL, saisi d'une contestation relative à la régularité de l'accord qui l'avait institué, a procédé à un contrôle de légalité dans l'affaire *Norman*³⁵.
40. Par conséquent, en se dispensant de vérifier la légalité de sa création au motif qu'il lui aurait fallu examiner, à cette fin, une résolution du Conseil, la Chambre a méconnu un principe général coutumier — en d'autres termes, le droit positif.
41. Sur ce point de fond, comme sur la question de la recevabilité, la Décision n'est d'ailleurs pas exempte de contradictions.

B. Réticences et contradictions de la Chambre

1 Acceptation de principe du contrôle de légalité

42. D'après la Chambre, un examen de la régularité de la création du Tribunal s'impose pour vérifier qu'il a bien été "établi par la loi"³⁶. La Décision précise que s'il avait été créé par

³² *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International, Nuremberg, 14 novembre 1945-1^{er} octobre 1946*, édité à Nuremberg, 1949, vol. I, p.230. Voir R. Maison, *La responsabilité individuelle pour crime d'État en droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2004, notamment p.382-384.

³³ *The Tokyo Judgment, The International Military Tribunal for the Far East (IMTFE), 29 April 1946-12 November 1948*, édité par B.V.A. Röling et C.F. Ruter, Amsterdam, APA-University Press Amsterdam BV, 1977, vol. 1, p 28-29. Voir. R. Maison, note 32, p 375

³⁴ *Kanyabashi*, par.19-22.

³⁵ *Norman*, par.53.

traité, le Tribunal aurait pu statuer sur la validité dudit traité en examinant si celui-ci liait le Liban³⁷.

43. Toutefois, dit la Chambre, le Tribunal ne peut rien faire de tel puisqu'il a été établi par une résolution du Conseil³⁸. En effet, selon elle, le Tribunal n'a pas le pouvoir de vérifier la légalité des actes du Conseil³⁹.
44. C'est donc une déférence spécifique envers la production normative du Conseil qui a motivé la réticence de la Chambre.

2 Refus d'examiner la légalité des actes du Conseil

45. La Chambre a vu dans le Tribunal une simple "créature" du Conseil : "[l]e Tribunal est purement une création [en anglais : *creature*] d'une résolution du Conseil de sécurité⁴⁰". Cette qualité lui interdirait de contrôler les résolutions et, donc, par dérogation au principe, d'examiner le fondement de son propre pouvoir.
46. D'après la Chambre, la Cour internationale de Justice (CIJ), pourrait — seule — se prononcer sur une résolution du Conseil⁴¹. Cette affirmation est erronée : les décisions intervenues dans les affaires *Tadić* et *Kanyabashi* en témoignent — ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH).
47. À vrai dire, la posture de "créature" du Conseil est surprenante. Sans doute s'agit-il d'une allusion au mode de désignation des juges du Tribunal — différent de celui des tribunaux pénaux internationaux, en ce qu'il ne fait pas intervenir l'Assemblée générale de l'ONU. Toutefois, la mise en avant de cette particularité a des connotations de dépendance aussi injustes qu'inopportunes. La Défense refuse d'imaginer que le Tribunal puisse être la "créature" de qui que ce soit ; elle sait qu'il s'agit d'un juge "impartial et indépendant" ; par conséquent, elle fait confiance à la Chambre d'appel pour déclarer ce Tribunal compétent et capable d'examiner la régularité de sa création par une résolution du Conseil.

³⁶ Décision, par.67.

³⁷ Décision, par.45.

³⁸ Décision, par.46 et 53-55

³⁹ Décision, par.55.

⁴⁰ Décision, par.53.

⁴¹ Décision, par.55.

48. D'ailleurs, la Décision témoigne — sans doute à l'insu de la Chambre — du caractère en quelque sorte inéluctable d'un tel examen.

3 Caractère inéluctable du contrôle des résolutions du Conseil

49. L'examen de la légalité de la Résolution créant le Tribunal est indispensable pour garantir le respect des droits fondamentaux. Comme par inadvertance, la Chambre en a fourni la meilleure des preuves dans sa Décision. Afin de respecter les droits fondamentaux, elle n'a pu se dispenser totalement d'examiner la légalité de sa création par la Résolution :

[i]l suffit de noter, sans chercher à examiner la manière dont le Conseil de sécurité a exercé ses pouvoirs, que celui-ci a déterminé l'existence d'une menace à la paix et à la sécurité internationales en vertu de l'article 39 de la Charte des Nations Unies. Puis, appliquant l'article 41 de la Charte, il a décidé que la création d'un tribunal de caractère international serait une mesure appropriée pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales⁴².

50. Il reste qu'en ne poussant pas plus loin cet examen, elle a commis une erreur de droit d'autant plus lourde que le Conseil n'est pas un organe souverain.

C. Le Conseil n'est pas souverain

1 L'autorité conférée au Conseil par la Charte

51. La Charte ne confère pas une autorité suprême au Conseil. Celui-ci n'est donc pas un organe souverain. En effet, la Charte qui définit ses pouvoirs est un accord conclu entre États dont le Conseil doit respecter les dispositions. Or, son article 24 est parfaitement clair : "[d]ans l'accomplissement de [ses] devoirs, le Conseil de sécurité agit conformément aux buts et principes des Nations Unies. [...]". Ainsi donc, le Conseil dispose de pouvoirs importants mais doit respecter la règle de droit et, en premier lieu, la Charte qui l'institue.
52. Il se trouve que la Charte n'a jamais envisagé la création de juridictions pénales par le Conseil. Il est vrai, ce Conseil est censé assurer la paix internationale en adoptant, le cas échéant, des mesures coercitives pouvant aller jusqu'à l'emploi de la force⁴³. C'est donc à ce titre que la création de juridictions pénales internationales peut relever des pouvoirs non

⁴² Décision, par 71

⁴³ Charte, article 42.

explicitement attribués à ce Conseil par la Charte. Mais, pour que cette création soit parfaitement légale, une évolution coutumière du texte conventionnel — évolution attestée par le juge — est indispensable. En effet, le Conseil n'étant en aucune manière un organe législatif, il n'est pas aisé de reconnaître que ses "créatures" sont "établies par la loi". C'est précisément à cette analyse d'une évolution coutumière de la Charte que s'est attelée la Chambre d'appel du TPIY dans l'arrêt *Tadić*.

53. L'auto-restriction de la Chambre n'est donc pas conforme à la jurisprudence constante des juridictions pénales internationales, non plus qu'aux règles gouvernant l'office du juge dans un système où les droits fondamentaux doivent être respectés — ainsi, d'ailleurs, que l'impose le Conseil⁴⁴.

2 La jurisprudence internationale

54. Les décisions intervenues dans les affaires *Tadić*, *Kanyabashi* et *Norman* — pour en rester aux juridictions pénales instituées par le Conseil ou sous l'égide de l'ONU — témoignent de l'évolution du droit en la matière. Aussi, en créant le Tribunal, le Conseil pouvait s'attendre à un contrôle de légalité qui avait déjà été exercé dans l'arrêt *Tadić*.
55. Il faut d'ailleurs noter que le contrôle exercé par la CJUE en matière de sanctions ciblées contre des personnes ou des sociétés suspectes d'aider au financement du terrorisme⁴⁵ n'a pas troublé outre mesure le Conseil. Au contraire, il l'a conduit à améliorer ses procédures en faveur des droits fondamentaux, en instituant un médiateur auquel les personnes visées peuvent s'adresser⁴⁶. Cet exemple, tout comme celui de l'arrêt *Al Jedda* de la CEDH⁴⁷ confirme que la CIJ n'est pas la seule instance judiciaire à pouvoir se prononcer sur la régularité des résolutions du Conseil : les juridictions européennes, saisies de contestations, s'assurent désormais du respect des droits fondamentaux par le Conseil. Ainsi la règle de

⁴⁴ S/RES/1664 (2006), 29/03/2006, par.1.

⁴⁵ CJCE, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c/ Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*, C-402/05 P et C-415/05 P, arrêt, 3/09/2008.

⁴⁶ La résolution 1904 (2009) a créé un bureau du médiateur.

⁴⁷ CEDH, *Al-Jedda c. Royaume-Uni*, Grande Chambre, arrêt, 7/07/2011. Dans cette affaire, la CEDH, sans prétendre nullement annuler une résolution du Conseil, a néanmoins estimé que ces actes devaient être interprétés en prenant en compte les droits fondamentaux. Elle a conclu que la résolution 1546 ne permettait pas des mesures de détention arbitraires de la part du Royaume-Uni en Irak.

droit progresse-t-elle dans l'ordre international et le Tribunal ne saurait valablement contrarier ce mouvement.

56. Finalement, on a pu relever que le véritable obstacle au contrôle des résolutions du Conseil était *psychologique*⁴⁸ et non pas juridique. Or, les droits de la défense doivent *primer* la déférence mentale vis-à-vis d'un organe politique qui est lui aussi une "créature" dérivée de la volonté des États rassemblés par la Charte.

D. Le caractère incident du contrôle

57. Pas plus que la CJUE, la CEDH, ou même la CIJ, le Tribunal n'est doté du pouvoir d'annuler les actes du Conseil. Toutefois, à l'instar des autres juridictions internationales, ce Tribunal peut et doit exercer à *titre incident* le contrôle de ces actes, — notamment afin de vérifier qu'il est bien "établi par la loi" et peut valablement exercer ses compétences de jugement.
58. Or, la Chambre a manifestement confondu ces deux démarches. De la sorte, elle a grossièrement méconnu le droit positif.
59. D'ailleurs, elle n'a pas seulement ignoré les précédents qui viennent d'être rappelés, mais, de surcroît, elle a cité de manière incomplète la CIJ⁴⁹. Dans l'avis sur la Namibie⁵⁰, la CIJ a certes noté qu'elle "n'avait pas de pouvoirs de contrôle judiciaire ni d'appel en ce qui concerne les décisions prises par les organes des Nations Unies dont il s'agit⁵¹". Mais l'exactitude et la rigueur commandent de lire l'ensemble du paragraphe 89 de cet avis. Si, en effet, selon la Cour, "ce n'est pas sur la validité de la résolution 2145 (XXI) de l'Assemblée générale ou des résolutions connexes du Conseil de sécurité ni sur leur conformité avec la Charte que porte la demande d'avis consultatif⁵²", elle poursuit :

⁴⁸ Voir H. Ascensio, *L'autorité de chose décidée en droit international public*, Université Paris X, 1997, notamment p.359 (vol. I)

⁴⁹ Décision, par.55.

⁵⁰ CIJ, *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p.16.

⁵¹ *Ibid*, par.89, cité par Décision, par 55.

⁵² *Ibid*, cité par Décision, note 70.

[c]ependant, dans l'exercice de sa fonction judiciaire et puisque des objections ont été formulées, la Cour examinera ces objections dans son exposé des motifs, avant de se prononcer sur les conséquences juridiques découlant de ces résolutions⁵³.

60. La CIJ a donc examiné les décisions de ces organes dans la mesure où cela était nécessaire à l'exercice de sa fonction ; en d'autres termes, de manière incidente.
61. C'est ce que la Chambre a, par principe, refusé de faire — tout en le faisant, en réalité, mais de manière parfaitement superficielle.

E. L'étendue du contrôle

62. On l'a vu, après avoir refusé par principe de contrôler la Résolution, la Chambre a exposé qu'au regard de son Statut et du droit international des droits de l'homme, elle devait vérifier que le Tribunal était "établi par la loi"⁵⁴ — ce qui impliquait d'examiner "comment cette juridiction a été créée"⁵⁵. Prenant le risque de se contredire, elle a donc relevé que le Conseil avait déterminé l'existence d'une menace contre la paix selon l'article 39 de la Charte et avait, ensuite, appliqué l'article 41⁵⁶. En d'autres termes, elle a procédé à une ébauche de contrôle de la Résolution.
63. Il reste que ces observations demeurent de pure forme. Elles s'accompagnent d'un constat : les Nations Unies ont déjà créé des tribunaux. Ce constat est apparemment suffisant, aux yeux de la Chambre, pour que le pouvoir ainsi exercé soit qualifié d'"incontestable"⁵⁷, le Conseil disposant d'un "pouvoir constitutionnel"⁵⁸. Il est douteux que le terme "constitutionnel" soit ici employé au sens où il l'était dans l'arrêt *Tadić* par des juges conscients de la nature juridique d'une organisation internationale telle que l'ONU. Dans la Décision, il signifie plutôt simple "autorité de constituer". Car, en réalité, la Chambre n'a nullement testé le pouvoir du Conseil au regard de la Constitution qu'il doit respecter : la Charte. La Chambre n'a donc pas réellement contrôlé ce qu'elle a estimé nécessaire

⁵³ *Ibid*

⁵⁴ Décision, par 38.

⁵⁵ Décision, par.67.

⁵⁶ Décision, par 72

⁵⁷ Décision, par.69.

⁵⁸ Décision, par.72.

d'attester : la conformité de l'acte du Conseil avec les "buts et principes" des Nations Unies⁵⁹.

64. Pourtant, en l'absence de toute autre procédure de contestation, d'ailleurs relevée dans la Décision⁶⁰, un tel contrôle doit avoir une réalité. En effet, la "loi", au sens des droits fondamentaux, ne peut être l'œuvre d'un organe politique échappant à tout contrôle. Il faut donc vérifier que l'organe politique qu'est le Conseil a correctement appliqué la Charte. C'est d'ailleurs ce que souligne involontairement la Chambre en affirmant : "[r]especter les buts et principes de la Charte des Nations Unies équivaut donc à respecter l'article 14 1) du Pacte international⁶¹". En dépit de cette affirmation, l'examen nécessaire a été amputé de l'essentiel. De la sorte, n'en finissant pas de se contredire, la Chambre a violé les principes qu'elle venait d'évoquer.
65. Il convient donc de rappeler qu'en l'absence de dispositions de la Charte permettant explicitement au Conseil d'instituer une juridiction pénale, le droit commande que tout juge, saisi à titre incident d'une contestation de la légalité d'une résolution, interroge précisément l'état des normes s'imposant au Conseil et se prononce sur une éventuelle évolution coutumière de la Charte. Or, la Défense soutient qu'en l'absence de crime international, en présence d'un attentat visant un homme politique, rien, jusqu'ici, n'autorisait le Conseil à établir une juridiction. D'ailleurs, même en matière de terrorisme, une telle mesure n'a jamais été adoptée. En l'espèce, la Chambre s'est dérobée à l'examen de cette grave question. Pourtant, la Défense lui avait présenté une série d'indices témoignant de l'étrangeté du procédé de création du Tribunal et invoquant un détournement de pouvoir. Un examen de légalité approfondi était donc indispensable — examen que la Défense sollicite avec confiance de la Chambre d'appel.

IV. Le détournement de pouvoir

66. La Défense, sous réserve du détournement de pouvoir du Conseil, adhère à la conclusion de la Chambre selon laquelle le Tribunal a été créé par la Résolution, l'accord projeté à cette même fin entre l'ONU et le Liban n'ayant pas de valeur juridique effective pour

⁵⁹ Décision, par.70.

⁶⁰ Décision, par.34.

⁶¹ Décision, par.70.

n'avoir pas été ratifié par cet État. Toutefois, la Défense précise n'avoir nullement "concedé" que le Tribunal ait été créé par cette Résolution⁶². Il s'agit au contraire de la position qu'elle a toujours soutenue, même si le Procureur n'y a répondu ni par écrit, ni lors des audiences — lacune que la Défense a signalée⁶³.

67. Dans ce contexte, le contrôle que les tribunaux pénaux internationaux ont exercé jusqu'à présent sur les résolutions du Conseil (A) conduira la Chambre d'appel à relever, ici, nombre d'irrégularités constitutives d'un détournement des pouvoirs de ce Conseil (B).

A. Le contrôle opéré par les tribunaux pénaux internationaux

68. Dans l'affaire *Tadić*, la Chambre d'appel a successivement examiné : "le pouvoir du Conseil de sécurité d'invoquer le chapitre VII de la Charte⁶⁴" ; "le champ des mesures envisagées en vertu du chapitre VII⁶⁵" ; enfin, "la création du [TPIY] en tant que mesure prise en vertu du chapitre VII". Elle a, notamment, jugé :

- d'une part, que la légalité de la résolution en cause supposait l'existence effective de la menace contre la paix ou de la rupture de la paix que le Conseil doit "constater" conformément aux dispositions de l'article 39 de la Charte⁶⁶ ;
- d'autre part, qu'en présence d'une menace ou d'une rupture effective de la paix, cette légalité supposait encore que la création d'un Tribunal relève des pouvoirs du Conseil et ne soit pas "inappropriée"⁶⁷.

69. C'est une démarche similaire qui a inspiré la Chambre de première instance du TPIR dans l'affaire *Kanyabashi*.

1 L'analyse de l'évolution coutumière

70. Dans l'arrêt *Tadić*, les juges ont vérifié que, lors de l'adoption de la résolution créant le TPIY, la pratique coutumière du droit de l'ONU permettait de considérer qu'un conflit interne pouvait constituer une menace contre la paix. Ils ont ainsi rappelé l'existence d'une

⁶² Décision, par.43.

⁶³ *Ayyash*, CR, 14/06/2012, p.7-8.

⁶⁴ *Tadić*, par 28.

⁶⁵ *Tadić*, par.31.

⁶⁶ *Tadić*, par.29.

⁶⁷ *Tadić*, par.39.

"pratique établie du Conseil de sécurité et l'interprétation partagée par les membres des Nations Unies en général"⁶⁸. C'est donc une analyse serrée du droit de la Charte et de son évolution coutumière qui permet au TPIY de valider le choix du Conseil de recourir au chapitre VII pour une situation de conflit interne. Selon la Chambre d'appel du TPIY :

[...] l'action du Conseil de sécurité est riche de situations de guerres civiles ou de conflits internes qu'il a qualifiées de "menace contre la paix" et réglées dans le cadre du chapitre VII, avec le soutien ou à la demande de l'Assemblée générale, comme la crise du Congo au début des années soixante et, plus récemment, au Libéria et en Somalie. On peut donc avancer qu'il existe une interprétation commune, manifestée par la "pratique ultérieure" des Membres des Nations Unies dans leur ensemble, selon laquelle la "menace contre la paix" de l'article 39 peut inclure les conflits armés internes⁶⁹.

71. Il faut souligner le haut niveau d'exigence de la Chambre d'appel dans l'attestation de la pratique coutumière. Celle-ci doit être bien établie, à la fois dans la durée — cette chambre renvoie au début des années soixante — et avec constance — les cas anciens doivent être réitérés. Par ailleurs, la norme coutumière doit être le produit d'une *opinio juris* générale partagée par "les membres des Nations Unies en général" et non pas seulement par quelques membres du Conseil. Ladite chambre insiste à cet égard sur la demande ou l'acquiescement de l'Assemblée générale, organe plénier de l'Organisation.

2 Le contrôle de la qualification des faits

72. Pour ce qui est de la qualification des faits, le contrôle n'était plus nécessaire dans l'affaire *Tadić*. En effet, la défense avait renoncé à contester cette qualification⁷⁰ car, au moment où la résolution fondant le TPIY était adoptée, l'existence de tragiques conflits internes était de notoriété publique.
73. Dans l'affaire *Kanyabashi*, la Chambre de première instance du TPIR, en contrôlant la licéité de la résolution qui avait institué ce tribunal, adoptait la même démarche que le TPIY dans l'arrêt *Tadić*. Mais, elle s'est penchée sur les circonstances qualifiées de "menace contre la paix" par le Conseil :

The question of whether or not the conflict posed a threat to international peace and security is a matter to be decided exclusively by the Security Council. The Trial Chamber

⁶⁸ *Tadić*, par 30.

⁶⁹ *Idem*

⁷⁰ *Idem*

*nevertheless takes judicial notice of the fact that the conflict in Rwanda created a massive wave of refugees, many of whom were armed, into the neighboring countries which by itself entailed a considerable risk of serious destabilization of the local areas in the host countries where the refugees had settled. The demographical composition of the population in certain neighboring regions outside the territory of Rwanda, furthermore, showed features which suggest that the conflict in Rwanda might eventually spread to some of these neighboring regions*⁷¹

Ainsi, malgré sa réserve initiale, le TPIR donnait, de la situation, une image correspondant à la notion de "menace contre la paix", et vérifiait que la qualification juridique des faits par le Conseil était conforme à la pratique coutumière.

74. Il est important de noter qu'à l'époque les violences génocidaires en elles-mêmes n'étaient pas considérées comme suffisantes pour justifier le recours au Chapitre VII : la Chambre a donc dû se fonder sur l'existence d'un conflit interne ayant des conséquences dans les pays limitrophes, parce que cette manière de qualifier de "menace contre la paix" un conflit interne avait déjà été avalisée dans l'arrêt *Tadić* au regard de l'évolution de la pratique coutumière.
75. Il est vrai que, dans l'arrêt *Tadić* et dans la décision *Kanyabashi*, les juges ont finalement rejeté les recours. Toutefois, ces rejets sont intervenus en raison des circonstances d'espèce : la "menace contre la paix" était évidente. Surtout, dans ce contexte, la défense ne démontrait pas que la création d'un tribunal international était une mesure inappropriée au regard de l'article 41 de la Charte.
76. Les circonstances concrètes de la création du Tribunal étant radicalement différentes, les principes posés par l'arrêt *Tadić* et suivis dans la décision *Kanyabashi* offrent un fondement juridique solide au grief d'illégalité de la Résolution ; ils devraient conduire la Chambre d'appel à reconnaître son invalidité en raison du détournement de pouvoir qui la caractérise.

⁷¹ *Kanyabashi*, par.21.

B. Les irrégularités constitutives d'un détournement de pouvoir

1 Le contexte de la création du Tribunal

a. La "menace contre la paix et la sécurité internationales" est insuffisamment caractérisée

77. L'assassinat de M. Hariri pouvait conduire à une rupture de l'équilibre politique de la République libanaise. Il est moins évident que ce crime ait menacé la paix internationale, une exigence découlant pourtant du texte de l'article 39 de la Charte. On peut donc soutenir que le recours au Chapitre VII de la Charte par les auteurs de la Résolution était injustifié pour cette seule raison.
78. Certes, le Conseil a étendu par sa pratique la notion de "menace contre la paix". Toutefois, une telle évolution coutumière doit recueillir l'adhésion des États membres de cette organisation⁷².
79. Ainsi, l'arrêt *Tadić* affirme que les conflits internes relèvent désormais de la notion de "menace contre la paix", mais, pour fonder cette conclusion, les juges d'appel ont dû rappeler l'existence d'une "pratique établie du Conseil de sécurité et l'interprétation partagée par les membres des Nations Unies en général"⁷³.
80. D'autres phénomènes peuvent, aujourd'hui, relever d'une telle qualification. Ainsi, depuis 1994, les violences de masse perpétrées dans un pays ont permis au Conseil d'intervenir — notamment, en raison de leurs répercussions dans d'autres pays, par exemple, sous forme d'afflux de réfugiés⁷⁴. Ainsi encore, la résolution du 24 octobre 2005 de l'Assemblée générale de l'ONU permet de considérer le génocide, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité comme des faits dont l'Organisation peut se saisir⁷⁵. Par conséquent, même s'ils se déploient dans la sphère étatique, le Conseil disposerait des moyens

⁷² B. Conforti, *Le Nazioni Unite*, Padova, Cedam, 1994, p.15-16 et 179.

⁷³ *Tadić*, par.30.

⁷⁴ *Kanyabashi*, par.19-21

⁷⁵ A/RES/60/1, 24/10/2005, par.138-139.

d'intervenir, dès lors que l'État concerné n'assurerait pas lui-même sa "responsabilité de protéger"⁷⁶.

81. Cependant, lorsque le Conseil qualifie des actes de terrorisme de "menace contre la paix", c'est seulement dans la mesure où de tels actes risquent d'entraîner — sinon toujours des conflits armés — du moins des violences massives, en somme lorsque l'ordre international est troublé.
82. Or, en mai 2007, l'attentat du 14 février 2005 ne pouvait pas apparaître comme la cause de violences de masse ; encore moins d'un conflit armé pouvant troubler l'ordre international. Ce crime ne relève pas davantage de l'"hyper terrorisme" mais s'apparente à la violence politique. Enfin, il n'est pas une "menace pour la paix", car il n'a pas produit de perturbation internationale du niveau d'un conflit armé interne ou de violences massives.
83. Dans ces conditions, le cas libanais est le seul à propos duquel ait été posée sur un acte de violence politique une qualification de "menace contre la paix" qui ne correspond aucunement à cette notion. En d'autres termes, il n'existe pas de pratique antérieure à la Résolution, pas davantage de pratique postérieure, permettant de reconnaître une évolution coutumière de la Charte qui autoriserait le Conseil à se saisir de ce type de faits. En l'absence de pratique ancienne et récurrente, il n'est même pas besoin de rechercher un acquiescement des membres de l'ONU qui, d'ailleurs, fait ici défaut.

b. Un attentat politique ne justifie pas l'institution d'une juridiction supranationale

84. Les attentats politiques tels que ceux dont le Conseil s'est, ici, saisi n'ont jamais, en eux-mêmes, permis l'adoption de mesures coercitives car ils relèvent des affaires intérieures de l'État. Or, leur qualification de "menace contre la paix" ouvre au Conseil une marge de manœuvre excessive : il pourrait imposer sa propre perception des intérêts nationaux ; substituer son évaluation d'une situation politique interne n'atteignant pas le seuil du conflit armé ou du crime de masse à celle de l'État. Le Conseil se ferait ainsi juge de la situation politique interne des États, se permettant de leur imposer ses remèdes. Seule une véritable menace pour la paix internationale pourrait justifier cette intrusion dans les affaires

⁷⁶ *Idem* ; voir aussi *La responsabilité de protéger*, SFDI, Colloque de Nanterre, Paris, Pedone, 2008

intérieures de l'État. Jusqu'ici, d'ailleurs, l'évaluation par le Conseil d'une situation politique interne — telle qu'un coup d'État ou le refus d'admettre le résultat d'élections nationales — déclenchant une action coercitive n'a été possible que lorsque l'ONU s'était préalablement impliquée dans un *processus de paix* de long terme intégrant une dimension électorale⁷⁷.

85. De même, la réaction coercitive à des troubles politiques — tels que la contestation des gouvernants — est, jusqu'à présent, tout à fait exceptionnelle. Elle n'a été possible que si des menaces graves pesaient sur la population civile de l'État, comme, par exemple, en Libye en 2011⁷⁸.
86. La structure de la société internationale et les principes de droit international expliquent la prudence du Conseil : chaque État étant souverain, une intervention n'est possible que lorsque la situation devient extrêmement conflictuelle ou lorsque le gouvernement massacre sa propre population. En dehors de ces cas tragiques, les États, y compris les membres du Conseil, n'entendent pas confier leur organisation politique et judiciaire à l'appréciation du Conseil.
87. D'ailleurs, même dans le cas des attentats terroristes qui visent à bouleverser l'ordre international, le Conseil n'a jamais entrepris d'imposer une juridiction internationale se saisissant des poursuites d'abord engagées devant les tribunaux des États.
88. Ainsi, les possibilités de recourir à la justice pénale internationale sont limitées. Si des juridictions sont créées, c'est pour connaître de crimes imputables à un État ou à une entité quasi étatique et présentant un caractère massif : génocides, crimes contre l'humanité ou crimes de guerre⁷⁹. Au contraire, les faits dont le Tribunal doit connaître, ici, ne sont pas

⁷⁷ Voir S/RES/940, 2/08/1994, relative au coup d'État en Haïti, qui se réfère aux déplacements de population pour qualifier la "menace contre la paix"; S/RES/1975, 30/03/2011 : plus récemment, dans la crise ivoirienne, les mesures coercitives qui ont accompagné le jugement porté sur les élections présidentielles, sont justifiées par le "risque de retour de la guerre civile" et les "graves exactions perpétrées".

⁷⁸ Avant le développement du conflit militaire, la résolution 1970 (2011) estime notamment, dans son préambule, que "les attaques systématiques et généralisées [.] contre la population civile pourraient constituer des crimes contre l'humanité"

⁷⁹ R. Maison, note 32. Le Statut de la CPI est explicite sur ce point puisqu'il affirme que cette juridiction est compétente pour connaître des crimes de guerre, "en particulier lorsque ces crimes s'inscrivent dans le cadre d'un plan ou d'une politique ou lorsqu'ils font partie d'une série de crimes analogues commis sur une grande échelle" (article 8-1)

des crimes internationaux : la compétence matérielle du Tribunal relève du droit interne libanais⁸⁰.

89. En outre, le procédé de création du Tribunal par la Résolution ne relève pas des pouvoirs conférés au Conseil par l'article 41 de la Charte. Si, dans l'arrêt *Tadić*, la Chambre d'appel a estimé que la création du TPIY pouvait légalement être fondée sur cet article⁸¹, dans le cas du Tribunal, le Conseil a adopté une démarche nouvelle. Constatant l'absence de volonté de l'État libanais, le Conseil a imposé les dispositions d'un traité qui ne pouvait être ratifié. La technique de création du Tribunal consiste donc à contourner les pouvoirs d'un État dont l'accord ne pouvait être valablement obtenu. Une telle décision ne relève pas des pouvoirs que l'article 41 de la Charte confère au Conseil. Elle ne répond à aucun canon juridique : un traité ne peut entrer en vigueur par la décision autoritaire d'une de ses Parties, fût-elle l'ONU.
90. Finalement, au regard de la Charte et de la pratique récente, la qualification d'un attentat politique comme "menace contre la paix" et son remède — la création d'un tribunal international par un acte d'autorité — sont infiniment contestables. Ils ne s'inscrivent pas dans une série de précédents signifiants et ne font nullement consensus.
91. L'examen de ce processus par un juge est donc indispensable et devrait conduire à constater que la Résolution n'est pas conforme à la Charte. Au sens de l'arrêt *Tadić*, le Tribunal n'est donc pas "établi par la loi".

c. La création du Tribunal est une mesure inappropriée

92. Il résulte de l'arrêt *Tadić* que, pour être valable, la création d'un tribunal par une résolution prise en vertu du Chapitre VII ne doit pas apparaître comme une mesure inappropriée⁸². Autrement dit, au jour où elle est décidée, la création d'un tribunal ne doit pas être insusceptible :
- soit de contribuer au rétablissement de la paix,
 - soit de conjurer une menace contre la paix constatée par le Conseil.

⁸⁰ G. de Geouffre de La Pradelle, "Tribunal pénal à caractère international, Cour pénale internationale : quels enjeux pour le Liban?", in *Les Cahiers de l'Orient*, n°94, printemps 2009, p.77-96

⁸¹ *Tadić*, par 36.

⁸² *Tadić*, par 39-40

93. En revanche, il est indifférent que cette appréciation ait été ultérieurement démentie.
94. Certes, dans l'affaire *Tadić*, le TPIY a été prudent quant au rôle qu'il pourrait jouer dans le contrôle des mesures adoptées par le Conseil en cas de "menace contre la paix". Ainsi, les juges ont noté que :
- L'article 39 laisse le choix des moyens et leur évaluation au Conseil de sécurité, qui bénéficie de larges pouvoirs discrétionnaires à cet égard ; et il n'aurait pu en être autrement, ce choix demandant une évaluation politique de situations extrêmement complexes et fluctuantes⁸³.
95. Toutefois, ces "larges pouvoirs discrétionnaires" ne sont pas absolus car le Conseil n'est pas *legibus solutus*⁸⁴ : notamment, son choix des moyens d'action ne doit pas constituer une violation manifeste de règles fondamentales du droit international, ou du *jus cogens*, — comme, par exemple, s'il autorisait l'emploi d'armes prohibées ou l'attaque de populations civiles. De plus, le Conseil ne devrait pas adopter de mesures accroissant les crises auxquelles il prétend répondre. Dans le cadre du contrôle de légalité des actes d'un organe disposant d'un pouvoir discrétionnaire, les juges doivent donc se prononcer sur l'absence de caractère déraisonnable et/ou inapproprié au regard de la Charte des mesures adoptées.
96. La nécessité d'un contrôle est accrue lorsque la qualification de "menace contre la paix" s'avère douteuse, car cet examen est susceptible de révéler un défaut viciant fondamentalement les résolutions.
97. En somme, lorsque se multiplient les signes d'une intervention inhabituelle au regard tant du texte de la Charte que de la pratique, il est nécessaire que le contrôle de légalité soit plus poussé — sous peine d'omettre une faute caractérisée dans l'exercice des pouvoirs du Conseil.
98. Il faut souligner qu'en l'espèce, une institution judiciaire pénale a été créée, ce qui signifie poursuites et condamnations affectant la liberté individuelle. De plus, il s'agit d'une juridiction appelée à fonctionner dans une temporalité longue, ce qui a d'ailleurs provoqué les critiques les plus fortes portées contre la création du TPIY qui, elle, intervenait pourtant

⁸³ *Tadić*, par 39.

⁸⁴ Même les auteurs les plus favorables à un pouvoir étendu du Conseil, qui se rattachent le plus souvent à la doctrine issue des États qui en sont membres permanents, soulignent l'existence de limites juridiques : S Sur, *Relations internationales*, Paris, Montchrestien, 2009, p.459.

dans le cadre d'une menace avérée contre la paix⁸⁵. Il s'agit enfin, d'une institution appelée à dire le droit, différente des sanctions administratives désormais pratiquées par le Conseil en matière de terrorisme international — lesquelles ont d'ailleurs été utilement contestées⁸⁶. C'est ainsi qu'une juridiction internationale, dont la légitimité est plus fragile que celle d'une juridiction interne, doit être fondée sur un acte dont la validité a été largement contrôlée. À défaut d'un tel contrôle, la légalité de toutes les décisions qu'elle est amenée à rendre risque d'être affectée.

99. Dans l'affaire *Tadić*, la défense n'avait pas convaincu la Chambre d'appel du caractère "inapproprié" de la création du TPIY. Cependant, il faut citer intégralement le passage que l'arrêt consacre à cette question :

Ce serait une erreur de conception totale sur ce que sont les critères de légalité et de validité en droit que de tester la légalité de ces mesures *ex post facto* par leur succès ou leur échec à atteindre leurs objectifs (dans le cas présent, le rétablissement de la paix dans l'ex-Yougoslavie dans le cadre duquel la création du Tribunal international n'est que l'une des nombreuses mesures adoptées par le Conseil de sécurité)⁸⁷.

100. Ainsi, le rejet du moyen se fondait sur deux considérations :

- le caractère approprié ou non de la création du TPIY devait s'apprécier lors de l'adoption de la résolution — l'arrêt suggérant que la défense raisonnait en fonction de faits postérieurs ;
- il convenait de replacer la mesure critiquée par la défense dans un ensemble de mesures visant à rétablir la paix — ce que ladite défense n'avait pas tenté.

101. Aucune de ces considérations n'est susceptible de faire obstacle aux critiques encourues par la Résolution, si toutefois on devait estimer qu'une menace contre la paix existait, ce que la Défense conteste.

102. La Résolution est l'une des nombreuses résolutions adoptées par le Conseil concernant le Liban. Or, l'engagement politique du Conseil⁸⁸ ne permet pas de reconnaître dans cette

⁸⁵ G. Arangio-Ruiz, "The Establishment of the International Criminal Tribunal for the Former Territory of Yugoslavia and the Doctrine of the Implied Powers of the United Nations", in Lattanzi, Sciso (éd.), *Di tribunali penali internazionali ad hoc a una corte permanente*, Napoli, Editoriale scientifica, 1996, p.35.

⁸⁶ *Kadi*, note 45

⁸⁷ *Tadić*, par.39.

⁸⁸ Voir G. de Geouffre de La Pradelle, note 80 ; H. Ascensio, "Effets juridiques et efficacité des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies portant sur le Liban", *ibid*, p.37-63.

résolution une mesure appropriée. Au contraire, l'excessif positionnement politique du Conseil, son absence de réaction significative lors de la guerre de l'été 2006 et, enfin, sa volonté de rompre avec l'équilibre communautaire issu de la pacification du Liban rendent suspecte la Résolution. Elle nourrit d'ailleurs, au sein de la société libanaise, les tensions que le Conseil prétend apaiser.

103. Ainsi, au moment de son adoption, la création du Tribunal apparaissait comme "inappropriée"; sans rapport véritable avec quelque menace que ce soit contre la paix. D'ailleurs, dès l'instant où sa création était envisagée, la société libanaise se divisait radicalement à propos d'une mesure censée l'apaiser : les observateurs relèvent que le débat sur la création du Tribunal en 2006, accompagné d'un débat sur les pouvoirs constitutionnels dans l'État libanais, "enflamma le pays, frisant la guerre de très près"⁸⁹.
104. Au regard de ces faits, estimer que la création du Tribunal — irrégulière au regard de la Charte — était localement adaptée, ceci malgré les informations reçues du Président libanais⁹⁰, constitue une appréciation déraisonnable et inappropriée.

d. La contestation du procédé de création

105. Il est notoire qu'après avoir privilégié l'idée d'une juridiction mixte, créée par traité, l'absence de consensus national au Liban a conduit le Conseil à recourir à des mesures coercitives dans un but outrepassant la fonction que lui attribue la Charte : par la Résolution, il a donné unilatéralement effet obligatoire aux dispositions d'un projet de convention entre l'Organisation et un État membre. Le fait que, dans le point 1 de la Résolution, ladite convention soit désignée comme le "document figurant en annexe, y compris sa pièce jointe", souligne l'étrangeté du procédé et le malaise du Conseil.
106. La Résolution a d'ailleurs été adoptée dans des conditions tendues et n'a recueilli que dix voix sur quinze, l'Afrique du Sud, la Fédération de Russie, la Chine, l'Indonésie, le Qatar s'étant abstenus. Les débats en séance publique témoignent des fortes réticences des États qui s'abstinrent et s'exprimèrent en des termes extrêmement fermes⁹¹.

⁸⁹ M. Ghantous, "La valeur internationale de la Constitution à la lumière de la Résolution 1757 (2007) créant le Tribunal spécial pour le Liban (TSL)" in *Journal du droit international "Clunet"*, janvier-février-mars 2010, p.40.

⁹⁰ Voir Exception, annexes A, C et E et annexe B.

⁹¹ Séance 5685 du Conseil, S/PV 5685, 30/05/2007.

107. Dans ces conditions, la création du Tribunal par le moyen d'une résolution relevant du Chapitre VII de la Charte constitue un détournement de procédure. Mais, ce détournement de procédure exprime une faute plus lourde : un détournement de pouvoir.

2 Le détournement de pouvoir

108. La création du Tribunal s'explique par la volonté de privilégier certains acteurs de la scène libanaise en contournant la Constitution — en d'autres termes, la souveraineté — libanaise pour rendre obligatoire un accord dont la ratification s'avérait inaccessible.
109. L'intrusion dans les affaires intérieures du Liban se caractérise par la "validation" des dispositions d'un traité par lequel cet État n'a pas souhaité s'engager. Le procédé est inédit dans la pratique du Conseil ; il n'est pas justifié par l'existence d'une situation relevant du Chapitre VII de la Charte.
110. Par la définition sélective de la compétence du Tribunal, la Résolution conforte certains acteurs politiques nationaux, au détriment d'autres acteurs. Elle vise clairement à déterminer des choix de politique nationale, lesquels relèvent pourtant du domaine réservé de l'État. Ce faisant, le Conseil compromet le fragile équilibre communautaire sur lequel est basée la distribution du pouvoir depuis la fin de la guerre civile au Liban.
111. Un tribunal ne saurait valablement émerger d'une telle faute juridique, particulièrement un tribunal international qui doit être fondé sur un acte incontestable de droit international émanant d'une organisation internationale ou d'un traité liant des États entre eux (Cour pénale internationale) ou liant un État à l'ONU (tribunaux internationalisés).
112. En l'espèce, la Résolution est affectée d'un vice qui emporte sa nullité. Elle ne peut donc pas fonder le fonctionnement d'une institution chargée d'appliquer le droit et susceptible d'imposer des peines privatives de liberté.
113. Dans ces conditions, la Chambre d'appel, constatant l'illégalité de la création du Tribunal, déclarera qu'en conséquence, le Tribunal est incompétent pour juger M. Badreddine.

PAR CES MOTIFS**Faisant corps avec le dispositif,**

114. La Défense demande qu'il plaise à la Chambre d'appel :

- de tenir une audience publique sur le présent appel ;

Et de dire :

- qu'en sa qualité d'instance juridictionnelle ayant la pleine compétence de sa propre compétence, le Tribunal dispose du pouvoir d'apprécier la validité des actes qui l'ont créé,

- que le Tribunal peut donc apprécier la validité de la Résolution dans la mesure, notamment, où son pouvoir s'exerce à titre subsidiaire, et non point principal, à l'égard de ladite résolution ;

Par conséquent, de juger recevable son appel sur le fondement de l'article 90-B-i du Règlement ;

Puis, statuant au fond, de mettre à néant la Décision ;

Et, statuant à nouveau, de dire :

- qu'en l'absence d'une menace contre la paix et la sécurité internationales suffisamment caractérisée par des actes du niveau d'un conflit armé interne ou de violences de masse pouvant troubler l'ordre international, le recours au Chapitre VII de la Charte, le 30 mai 2007, était injustifié,

- que, de surcroît, à la même date, la création d'un tribunal spécial à caractère international constituait une mesure inappropriée,

- qu'en réalité, l'adoption de la Résolution avait pour but d'imposer à la République libanaise les termes d'un accord instituant le Tribunal, alors même que cet accord n'avait pas été valablement conclu,

- que l'adoption de la Résolution constituait un détournement de pouvoir caractérisé répondant aux exigences d'une faction politique libanaise bénéficiant du soutien de certains membres permanents du Conseil, avec, entre autres conséquences, que

l'institution d'un tribunal chargé de juger les seuls adversaires politiques de cette faction était profondément discriminatoire au détriment des personnes susceptibles de poursuites pour des faits équivalents à ceux qui relèvent de la compétence du Tribunal ;

Dire et juger, pour l'ensemble de ces raisons :

- que la Résolution avec ses annexes a été adoptée en violation de la Charte et des droits fondamentaux des personnes susceptibles de poursuites en application de ses dispositions,
- qu'elle doit donc être considérée comme non valable,
- qu'en conséquence, la création du Tribunal est également affectée d'invalidité avec toutes conséquences de droit,
- qu'enfin, les poursuites engagées contre M. Badreddine sur la base de l'acte d'accusation confirmé le 28 juin 2011 sont nulles et non avenues pour défaut de compétence.

Sous toutes réserves



Antoine KORKMAZ
Conseil principal



John JONES
Co-Conseil

Fait à Leidschendam, le 24 août 2012

Nombre de mots : 10 000

