

LA DÉFINITION COUTUMIÈRE DU TERRORISME D'ANTONIO CASSESE : DE LA DOCTRINE AU TRIBUNAL SPÉCIAL POUR LE LIBAN

Agatha Verdebout

Editions juridiques associées | « [Droit et société](#) »

2014/3 n° 88 | pages 709 à 728

ISSN 0769-3362

ISBN 9782275028910

Article disponible en ligne à l'adresse :

<http://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2014-3-page-709.htm>

Pour citer cet article :

Agatha Verdebout, « La définition coutumière du terrorisme d'Antonio Cassese : de la doctrine au Tribunal spécial pour le Liban », *Droit et société* 2014/3 (n° 88), p. 709-728.

Distribution électronique Cairn.info pour Editions juridiques associées.

© Editions juridiques associées. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

La définition coutumière du terrorisme d'Antonio Cassese : de la doctrine au Tribunal spécial pour le Liban

Agatha Verdebout

Université Libre de Bruxelles, Centre de droit international et de sociologie appliquée au droit, CP 137, Avenue F. D. Roosevelt, 50, B-1050 Bruxelles.
<agatha.verdebout@ulb.ac.be>

■ Résumé

Antonio Cassese a toujours défendu l'idée que le rôle du spécialiste de droit international était de combler les lacunes du droit en faisant passer l'humanité au-dessus des volontés étatiques. Sur le plan juridictionnel, cela s'est exprimé par un activisme judiciaire certain. L'objet du présent article est de s'intéresser à la façon dont A. Cassese a traité la question du terrorisme en tant qu'auteur de doctrine et comme président du Tribunal spécial pour le Liban (TSL). En effet, alors qu'il défendait l'idée depuis longtemps, en février 2011, le TSL rendit une décision controversée dans laquelle il affirme l'existence d'une définition coutumière du terrorisme. L'étude s'intéresse aux objectifs sous-jacents de la décision en la replaçant dans la pensée générale d'A. Cassese. Elle montre que la décision avait pour ambition de faire évoluer le droit international, mais que sa capacité en ce sens demeure incertaine.

Antonio Cassese – Activisme judiciaire – Law-making – Terrorisme – Tribunal spécial pour le Liban.

■ Summary

The Customary Definition of Antononio Cassese's Terrorism: From Doctrine to the Special Tribunal for Lebanon

Antonio Cassese has always defended the idea that internationalists' role is to fill the lacunae of international law by putting humanity and its values above the will of states. As a judge, this conviction expressed itself under the form of judicial activism. This article focuses on his treatment of the question of terrorism as a scholar and as President of the STL. In fact, while A. Cassese had been defending the idea for a long time, in February 2011 the STL issued a controversial decision in which it asserted the existence of a customary definition of terrorism. The study tries to understand the underlying objectives of the decision re-contextualizing them into A. Cassese's general thought. It shows that the aim of the decision was to push the evolution of international law, although its ability to do so remains uncertain.

Antonio Cassese – Judicial activism – Law-making – Special Tribunal for Lebanon – Terrorism.

Introduction

Le 21 octobre 2011, la communauté internationale regrettait la disparition d'un « géant du droit international »¹ mais aussi de « l'architecte en chef de la justice pénale internationale »². Défendant l'idée qu'il faut parfois transcender les volontés souveraines des États, le spécialiste de droit international doit, selon Antonio Cassese, travailler pour combler les lacunes du droit et établir des solutions en phase avec les nécessités sociales³, tendre vers la construction d'une « utopie réaliste » du système international⁴. Il n'est guère étonnant que ces penchants objectivistes aient trouvé une expression naturelle dans l'exercice par A. Cassese de ses fonctions juridictionnelles. Celles-ci offrent, en effet, une opportunité de peser sur l'évolution du droit et, de son propre aveu, A. Cassese s'est lancé dans l'activisme judiciaire, parfois même à l'excès⁵. Son rôle fondamental en tant que président du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (ci-après TPIY) dans le développement du droit humanitaire applicable aux conflits armés non-internationaux a souvent été mis en exergue⁶. On peut, en particulier, songer à la fameuse affaire *Tadić* dans laquelle le Tribunal étendit la qualification de crime de guerres au fait commis durant les guerres civiles, ce qui ne faisait l'unanimité ni au sein de la doctrine ni parmi les États⁷. A. Cassese défendait, quant à lui, cette extension depuis les années 1980⁸. Son militantisme s'est donc parfois exprimé par le glissement de ses propres convictions dans ses décisions. Tant au niveau doctrinal que juridictionnel, son raisonnement est poussé par la même volonté de mettre au centre des préoccupations l'humanité et les valeurs de la communauté internationale qui en est l'incarnation⁹.

Sa nomination comme président du Tribunal spécial pour le Liban (ci-après TSL) en mars 2009 donne une opportunité renouvelée à l'expression de l'activisme judiciaire d'A. Cassese. Créé à la suite de l'assassinat de l'ancien Premier ministre Rafik

1. SECRÉTAIRE GÉNÉRAL DES NATIONS UNIES (SGNU), « Le Secrétaire général rend hommage à Antonio Cassese, “un géant du droit international”, disparu le 21 octobre », 24 octobre 2011, SG/SM/13895.

2. Marlise SIMMONS, « Antonio Cassese, War Crime Expert, Dies at 74 », *The New York Times*, 23 octobre 2011, disponible sur : <<http://www.nytimes.com>> (consulté le 19 novembre 2012).

3. Antonio CASSESE, « The Role of Internationalized Courts and Tribunals in the Fight Against International Criminality », in Cesare P. R. ROMANO, André NOLLKAEMPER et Jan KLEFFNER (eds.), *Internationalized Criminal Courts and Tribunals*, Oxford : OUP, 2004, p. 3 ; Antonio CASSESE, « La Guerre civile et le droit international », *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, 90, 1986, p. 578.

4. Antonio CASSESE, « Introduction », in ID. (dir.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, Oxford : OUP, 2012, p. xvii-xxii.

5. Extrait reproduit in Pierre HAZAN, *Justice in Time of War: The True Story Behind the International Tribunal for the Former Yugoslavia*, College Station : Texas A&M University Press, 2004, p. 50.

6. Voir Christopher GREENWOOD, « Developments of International Humanitarian Law by the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *Max Planck Yearbook of the United Nations Law*, 1998, p. 97-140 ; Theodor MERON, *The Making of International Criminal Justice. A View from the Bench*, Oxford : OUP, 2011, p. 28-41.

7. Tamàs HOFFMAN, « The Gentle Humanizer of Humanitarian Law. Antonio Cassese and the Creation of Customary Law of Non-International Armed Conflicts », in Carsten STAHN et Larissa VAN DEN HERIK (eds.), *Future Perspectives on International Criminal Justice*, The Hague : TMC Asser Press, 2010, p. 58-80.

8. Voir Antonio CASSESE, « La Guerre civile et le droit international », art. cité.

9. *Ibid.*, p. 578.

Hariri et de la vague d'attentats qui frappa le Liban en 2004-2005, le TSL est le premier tribunal de type international compétent pour des faits de terrorisme. Depuis de nombreuses années, la communauté internationale peine à établir une définition unique de ce concept¹⁰, laquelle permettrait de mieux appréhender et lutter contre ce phénomène en améliorant la coopération internationale. Pour l'instant, le terrain juridique relatif au terrorisme est parsemé de conventions multilatérales sectorielles – qui abordent chacune un certain type d'action terroriste – et de résolutions émanant des organes des Nations unies. La doctrine s'accorde pour considérer qu'on ne peut, en recoupant ces différents instruments, tirer une définition générale du terrorisme en droit international¹¹... à l'exception d'Antonio Cassese qui, depuis 2003, postule l'existence d'une telle définition en droit international coutumier¹². Or, le 16 février 2011, la Chambre d'appel du TSL rend, à la demande du juge de la mise en état, une décision préjudicielle sur le droit applicable dans laquelle elle affirme l'existence d'une définition coutumière internationale du terrorisme¹³. Les critiques de la décision n'ont pas manqué de noter cette coïncidence mais ne s'y sont pas penchés plus avant. Il importe de préciser que, si A. Cassese peut être identifié comme appartenant au courant objectiviste du droit international, ses critiques relèvent généralement du courant qui y est opposé : le volontarisme. Pour reprendre les termes de Martti Koskeniemi, le fait d'adhérer plutôt aux figures « descendante » ou « ascendante » du droit, entraîne d'importantes différences de méthode, notamment en ce qui concerne l'établissement de la coutume¹⁴. Il n'est donc pas étonnant que la critique, en plus de remettre en cause la conclusion du TSL et de s'interroger sur son effet eu égard au principe *nullum crimen sine lege*, se soit focalisée sur la méthodologie de la Chambre¹⁵. En outre, si la

10. Pour un historique : Ben SAUL, « Attempts to Define "Terrorism" in International Law », *Netherlands International Law Review (NILR)*, 52, 2005, p. 57-83.

11. Voir Cherif BASSIOUNI, « Terrorism: The Persistent Dilemma of Legitimacy », *Case Western Reserve Journal of International Law (Case W. J. Int'l L.)*, 35 (2-3), 2004, p. 305 ; Georges P. FLETCHER, « The Indefinable Concept of Terrorism », *Journal of International Criminal Justice (JICJ)*, 4 (5), 2006, p. 894-911 ; Thomas WEIGEND, « The Universal Terrorist: The International Community Grappling with a Definition », *JICJ*, 4 (5), 2006, p. 912-932 ; Gerhard HAFNER, « The Definition of the Crime of Terrorism », in Giuseppe NESI (ed.), *International Cooperation in Counter-Terrorism*, Aldershot : Ashgate, 2006, p. 32-44.

12. Antonio CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford : OUP, 2003, p. 120-130.

13. TSL, Chambre d'appel, *Décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications*, STL-11-01/1, 16 février 2011, p. 56, § 85.

14. Martti KOSKENIEMI, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, Helsinki : Lakimiesliiton Kustannus, 1989, p. 350-362. Voir aussi : Olivier CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles : Éditions de l'université Libre de Bruxelles, 2009, p. 149.

15. Kai AMBOS, « Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism under International Law? », *Leiden Journal of International Law (LJIL)*, 24 (3), 2011, p. 655-675 ; Ben SAUL, « Legislating From a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism », *LJIL*, 24 (3), 2011, p. 677-700 ; Manuel J. VENTURA, « Terrorism According to the STL's Decision on the Applicable Law. A Defining Moment or a Moment of Defining? », *JICJ*, 9, 2011, p. 1027-1035 ; Matthew GILLET et Matthias SCHUSTER, « Fast-Track Justice. The Special Tribunal for Lebanon Defines Terrorism », *JICJ*, 9, 2011, p. 989-1020 ; Michael P. SCHARF, « Special Tribunal for Lebanon Issues Landmark Ruling on Definition of Terrorism and Modes of Participation », *ASIL Insights*, 15 (6), 3 mars 2011 ; Joseph POWDERLY, « Introductory Observations on the STL Appeals Chamber Decision: Context and Critical Remarks », *Criminal Law Forum*, 22, 2011, p. 347-363 ; Martin BERNHAUT, « Interlocutory Decision on the Applicable Law: Terrorism, Conspiracy, Homicide, Perpetration, Cumulative Charging

plupart des auteurs soulignent la « créativité juridique » de la décision, aucun ne s'intéresse aux objectifs que celle-ci pouvait bien chercher à atteindre. Pourtant l'activisme judiciaire pourrait, de manière générale, se définir comme le fait de s'écarter d'une vision dominante ou acceptée du droit pour des raisons de convictions politiques ou autres, et donc dans la poursuite d'un résultat prédéterminé¹⁶. En ce qui concerne A. Cassese, sa pensée a toujours été guidée par l'aspiration à une communauté internationale idéale ; sur le plan pénal international, ce souci s'est matérialisé sous la forme de la lutte contre l'impunité. Comment la décision préjudicielle du TSL, mais aussi la pensée d'A. Cassese sur le terrorisme en général, s'inscrivent-elles dans ce cadre ? La décision permet-elle au TSL de remplir plus efficacement sa mission ? Ou sa raison d'être est-elle, plus abstraitement, de faire évoluer le droit et de combler les lacunes laissées par la souveraineté des États ?

Il s'agit dans cet article de replacer la décision du TSL dans le cadre de la pensée d'A. Cassese sur le terrorisme et l'ensemble dans le « contexte du personnage » et de son militantisme juridique. À cet égard, notre matériau principal se constitue de la décision préjudicielle et des écrits d'A. Cassese sur le terrorisme. Le présent article comportant certaines critiques de la décision du TSL, il convient d'indiquer que nous adhérons davantage à la vision volontariste, ou subjective, du droit international. Malgré une technicité parfois nécessaire, l'étude relèvera essentiellement de la sociologie du droit dans la mesure où, par delà le fait de recadrer la décision dans la vision objectiviste d'A. Cassese, il s'agit aussi de s'intéresser à son impact et à sa raison d'être sociojuridique. Concrètement, il sera expliqué comment et pourquoi cette norme coutumière émerge dans la pensée d'A. Cassese et le but que son insertion dans la décision de la Chambre d'appel recherchait. Pour ce faire, nous reviendrons tout d'abord sur la transposition de la définition coutumière du terrorisme des écrits d'A. Cassese à la décision préjudicielle (I), avant de nous intéresser aux objectifs sous-jacents que celle-ci entendait peut-être poursuivre (II).

I. De la doctrine au prétoire, prendre en compte la définition coutumière du terrorisme à tout prix

Le fait qu'un juge ait des idées préconçues sur des points de droit n'est pas étonnant et se manifeste encore davantage quand celui-ci est, par ailleurs, chercheur, comme c'est souvent le cas en droit international. Nous reviendrons, tout d'abord, sur l'évolution de la pensée d'A. Cassese au sujet du terrorisme en nous interrogeant quant à la façon dont la décision préjudicielle du TSL vient s'y insérer. Nous verrons que cette décision constitue à la fois la poursuite et l'approfondissement d'une réflexion dont le leitmotiv est la lutte contre l'impunité (I.1). Cependant,

(United Nations Special Tribunal for Lebanon, Appeals Chamber, Case No STL-11-01/I, 1§ February 2011) », *Australian International Law Journal*, 18, 2011, p. 229-239 ; Stefen KIRSCH et Anna OEHMICHEN, « Judges Gone Astray: The Fabrication of Terrorism as an International Crime by the Special Tribunal For Lebanon », *Durham Law Review Online*, 1, <<http://durhamlawreview.co.uk>> (consulté le 22 novembre 2012).

16. L'activisme judiciaire est une notion protéiforme et il en existe de nombreuses définitions. Voir Keenan D. KMIEC, « Origins and Current Meanings of "Judicial Activism" », *California Law Review (Cal. L. Rev.)*, 92, 2004, p. 1441-1477.

cette réflexion se pose sur le terrain du droit international alors que la compétence du TSL est limitée à l'application du droit libanais. Nous nous intéresserons donc, ensuite, aux mécanismes mis en place par la Chambre d'appel pour prendre en compte à tout prix le produit de la réflexion d'A. Cassese que constitue la définition coutumière du terrorisme (l.2).

1.1. La définition coutumière du terrorisme de la doctrine au prétoire. La poursuite et l'approfondissement d'une réflexion doctrinale

Les premiers écrits d'Antonio Cassese relatifs au terrorisme remontent à 1984¹⁷ et à la fin des années 1980 avec l'affaire de l'*Achille Lauro* – navire italien pris en otage par le Front de libération palestinien le long des côtes égyptiennes en 1985¹⁸. Tout en mettant en évidence les limitations de l'approche sectorielle et la nécessité d'établir une définition unique du terrorisme, A. Cassese était alors parvenu à la conclusion qu'une définition générale du terrorisme en droit international n'existait pas¹⁹. Il considérait, néanmoins, que la pratique montrait que « nous semblons de plus en plus nous orienter vers un consensus sur [sa] définition »²⁰.

Les années 1990 furent marquées par une intense activité législative en matière de terrorisme avec l'adoption de nouvelles conventions sectorielles, de nombreuses résolutions onusiennes, la création du Comité spécial pour le terrorisme et le lancement en son sein des premières discussions sur l'établissement d'une Convention générale sur le terrorisme international²¹, ou encore la constitution, au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, du Comité contre le terrorisme²². À la suite de ces attentats, A. Cassese plaida pour l'inclusion du terrorisme en tant que crime contre l'humanité²³. Au-delà de son côté symbolique, le principal avantage de cette catégorisation réside dans la prescriptibilité. En effet, les conventions sectorielles n'en touchent mot alors que les crimes contre l'humanité sont expressément considérés comme imprescriptibles²⁴. A. Cassese semble toutefois placer l'intérêt de cette classification sur la compétence universelle et la question de l'immunité des chefs d'États²⁵. Une certaine doctrine considère, de fait, que les immunités ne s'appliquent pas en cas de crime international et ce quand bien

17. Antonio CASSESE, « The International Community, Terrorism and Human Rights », in *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Milan : Giuffrè, 1984, p. 475-498.

18. ID., *Il caso del Achille Lauro. Terrorismo, politica e diritto nella comunità internazionale*, Rome : Editori Riuniti, 1987.

19. ID., « The International Community's "Legal" response to Terrorism », *International and Comparative Law Quarterly (Int'l and Comp. L.Q.)*, 38 (3), 1989, p. 606-607.

20. *Ibid.*, p. 605. Traduction libre.

21. A/RES/51/210 (1997), § 9.

22. S/RES/1373 (2001), § 6.

23. Antonio CASSESE, « Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law », *European Journal of International Law (EJIL)*, 12 (5), 2001, p. 993-1001.

24. Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité, New York, 26 novembre 1968, art. 1^{er} (b).

25. Antonio CASSESE, « Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law », art. cité, p. 994.

même le chef d'État serait toujours en exercice et poursuivi devant des instances nationales²⁶. En outre, la perpétration d'un crime international entrainerait *ipso facto* la compétence universelle²⁷. Cette classification permettrait, par conséquent, l'exercice de poursuites pour des actes qui tomberaient entre les mailles du filet tissé par les conventions sectorielles, qui contiennent déjà toutes une clause *aut dedere aut judicare*. Néanmoins, pour être considéré comme un crime contre l'humanité, l'acte terroriste devrait encore remplir les conditions « chapeau » – soit une attaque généralisée ou systématique contre une population civile et en connaissance de cette attaque²⁸ – en plus d'être un meurtre, une extermination, ou encore un autre acte inhumain²⁹. Les limitations de la classification apparaissent d'emblée : *quid* d'une tentative d'attentat contre un bâtiment militaire vide ? En somme, la qualification de crime contre l'humanité ne permet pas d'élaborer un système complet de répression du terrorisme international ni de palier la lacune que laisse l'absence d'une définition générale du terrorisme.

C'est en 2003, dans son manuel de droit pénal international, qu'Antonio Cassese affirmera pour la première fois l'existence d'une définition coutumière du crime international de terrorisme³⁰. Repassant sur l'histoire des tentatives de définition du terrorisme depuis la Société des Nations, A. Cassese constate que ce qui fait défaut c'est un accord sur les exceptions mais pas sur le principe. La fin de la guerre froide et des guerres de libération nationales permet d'affirmer qu'un « large accord s'est graduellement formé sur une définition générale du terrorisme qui ne contient aucune exception »³¹. Cette dernière se compose de trois éléments : (1) un acte qui constitue en tant que tel une infraction pénale, (2) qui est commis dans le but de semer la terreur par l'utilisation ou la menace d'utiliser des moyens violents contre un État, des civils ou un groupe particulier de personnes, et enfin, (3) qui est idéologiquement motivé³². C'est cette définition – fondée sur l'analyse de quatre législations nationales, une affaire devant des juridictions nationales, neuf conventions internationales, cinq conventions régionales et onze résolutions onusiennes – que l'on

26. ID., « When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case », *EJIL*, 13 (4), 2002, p. 853-875 ; ÉRIC DAVID, « The Issue of Immunity of Foreign heads of State in Light of the March 13, 2001 Decision of the French *Cour de Cassation* and the February 14, 2002 Decision of the International Court of Justice », in Ghislaine DOUCET (ed.), *Terrorism, Victims and International Criminal Responsibility*, SOS Terrorism, 2003, p. 309-323.

27. COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL (CDI), *Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, 5 juillet 1996, *Annuaire de la Commission du droit international (Ann. CDI)*, 1996, vol. II, p. 15-60, art. 8 et 9 ; Antonio CASSESE, *International Criminal Law*, op. cit., p. 293-294 ; ÉRIC DAVID, *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles : Bruylant, 2009, p. 250-252. Voir aussi : Chérif BASSIOUNI, « Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspective and Contemporary Practice », *Virginia Journal of International Law (Va. J. Int'l L.)*, 42, Fall 2001, p. 81-162.

28. Pour une distinction entre le contenu coutumier de ces conditions et l'article 7 du Statut de Rome : Antonio CASSESE, *International Criminal Law*, op. cit., p. 91-94.

29. Antonio CASSESE, « Terrorism is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law », art. cité, p. 995 ; Antonio CASSESE, Guido ACQUAVIVA, Mary FAN et Alex WHITING, *International Criminal Law. Cases & Commentaries*, Oxford : OUP, 2011, p. 179-181.

30. ID., *International Criminal Law*, op. cit., p. 120-130.

31. *Ibid.*, p. 124. Traduction libre.

32. *Ibid.*

retrouve dans les deux articles qu'Antonio Cassese a écrit sur le sujet en 2004 et 2006³³.

À quelques subtilités près, c'est également la définition que l'on retrouve dans la décision préjudicielle de la Chambre d'appel du TSL du 16 février 2011. Ces différences sont le résultat de ce qui apparaît comme un approfondissement de la méthode, et ce, à deux égards : premièrement, au niveau de la quantité de sources prises en considération, et deuxièmement, dans le souci d'établir l'existence d'une *incrimination* internationale.

S'agissant, tout d'abord, des sources, la Chambre adopte la même démarche qu'Antonio Cassese dans ses écrits, qui semble tendanciellement favoriser l'*opinio juris* sur la pratique – pour autant que l'on considère (bien que cela soit grandement discuté) que les traités « représentent l'*opinio juris* car ils sont des déclarations sur la légalité d'une pratique, plutôt que des exemples de cette pratique »³⁴. La Chambre n'est cependant elle-même pas très claire quant à la manière dont elle aborde ces sources ; elle les approche tantôt comme le reflet de l'opinion juridique des États³⁵, tantôt comme une pratique de laquelle une *opinio juris* doit être présumée³⁶. Quoi qu'il en soit, il est intéressant de noter que, dans ce que l'on peut voir comme un souci d'asseoir fermement sa conclusion, la Chambre prend considérablement plus de matériaux en compte qu'Antonio Cassese dans ses écrits, soit : la législation de trente-trois États, treize affaires nationales, neuf conventions internationales, treize conventions régionales et dix-sept résolutions onusiennes. Le choix de ces sources a été critiqué par la doctrine, qui estime que « des sources clés qui sapent les conclusions de la Chambre d'appel ont été hâtivement écartées, minimisées ou tout simplement ignorées »³⁷ et que celles effectivement retenues ont été « mal interprétées, exagérées ou appliquées de façon erronée »³⁸.

L'élargissement du spectre d'investigation a néanmoins amené à une volte-face dans la définition du terrorisme que l'on retrouve dans la décision du TSL. Estimant, qu'en ce qui concerne l'élément de la motivation idéologique, « les États, dans une très grande majorité, n'ont pas encore fait leur cet élément »³⁹, ce dernier

33. ID., « Terrorism as an International Crime », in Andrea BIANCHI (ed.), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Oxford : Hart Pub., 2004, p. 213-225 ; ID., « The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law », *JICJ*, 4 (5), 2006, p. 933-958.

34. Anthea E. ROBERTS, « Traditional and Modern Approaches to Customary International Law: a Reconciliation », *American Journal of International Law (AJIL)*, 95 (4), 2001, p. 758. Voir aussi : Prosper WEIL, « Le droit international en quête de son identité », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, VI, 1992, p. 173-175 ; Anthony D'AMATO, *The Concept of Custom in International Law*, Ithaca (NY) : Cornell University Press, 1971, p. 89.

35. TSL, Chambre d'appel, « Décision préjudicielle », précitée, p. 58 et 74-75, § 87 et 102.

36. *Ibid.*, p. 74, § 101. La Chambre se réfère expressément à l'étude de Max SØRENSEN, « Principes de droit international public », *RCADI*, III, 1960, p. 35-51.

37. Ben SAUL, « Legislating From a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism », art. cité, p. 679. Traduction libre. *Contra* voir Matthew GILLET et Matthias SCHUSTER, « Fast-Track Justice. The Special Tribunal for Lebanon Defines Terrorism », art. cité, p. 1007.

38. Ben SAUL, « Legislating From a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism », art. cité, p. 679. Traduction libre.

39. TSL, Chambre d'appel, « Décision préjudicielle », précitée, p. 71 et 77-79, § 98 et 106.

a été éliminé de la définition défendue dans la décision. Le TSL récupère cependant une définition réunissant trois éléments, dont les deux premiers sont *mutatis mutandis* identiques à ceux repris dans les écrits d'A. Cassese : (1) la perpétration d'un acte criminel, (2) commis dans l'intention de répandre la peur parmi la population ou de contraindre une autorité nationale ou internationale, et qui (3) nécessite la présence d'un élément d'extranéité⁴⁰. De l'aveu de la Chambre elle-même, ce troisième critère ne fait pas réellement partie de la définition – puisque le matériau utilisé ne se rapporte pas exclusivement au terrorisme international – mais sert à caractériser l'acte terroriste comme international⁴¹. On voit donc déjà à cet égard que l'on ne peut pas *stricto sensu* parler d'une transposition de la doctrine d'A. Cassese à la décision du TSL, même si les similitudes sont évidentes et ce d'autant plus que cette définition est clairement circonscrite à ses écrits extra-curiaux.

Second point sur lequel la décision du Tribunal pousse la réflexion un peu plus loin, c'est qu'elle s'emploie à démontrer l'existence d'une incrimination coutumière du terrorisme. Dans ses articles, A. Cassese, même s'il affirme que le terrorisme est un crime international, n'en fait pas pour autant la démonstration. Or, comme l'a souligné la doctrine⁴², de même que la Chambre d'appel du TSL, « l'existence d'une règle coutumière déclarant illégal le terrorisme ne signifie pas automatiquement que le terrorisme soit une infraction criminelle aux termes du droit international »⁴³. Pour ce faire, la Chambre estime devoir utiliser la même méthode que le TPIY dans l'affaire *Tadić*. Concrètement il faut établir, d'une part, l'intention des États d'ériger en crime l'interdiction de commettre des actes transnationaux de terrorisme et, d'autre part, examiner si les tribunaux nationaux sanctionnent les violations commises⁴⁴. Le Tribunal commence par constater que l'incrimination du terrorisme a débuté au niveau national. Cette pratique a ensuite été reconnue au niveau international par l'adoption de résolutions à l'ONU condamnant le terrorisme et de conventions multilatérales invitant les parties à coopérer en vue de sa répression⁴⁵. Partant, dans leurs pratiques subséquentes les États ont souvent agi « avec le sentiment qu'ils étaient tenus par une obligation internationale »⁴⁶. Il faut souligner que le Tribunal n'apporte aucune preuve soutenant cette dernière affirmation. On suppose alors qu'il se réfère aux éléments qu'il a cités précédemment et dont l'analyse a été, nous l'avons vu, très critiquée. On a ainsi reproché à la Chambre d'avoir éludé certains passages des décisions sur lesquelles elle s'appuie, ainsi que le fait que les résolutions onusiennes appellent explicitement les

40. *Ibid.*, p. 56, § 85.

41. *Ibid.*, p. 61, § 89.

42. Kai AMBOS, « Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism under International Law? », art. cité, p. 665.

43. TSL, Chambre d'appel, « Décision préjudicielle », précitée, p. 76, § 103.

44. *Ibid.* Voir aussi : TPIY, Chambre d'appel, « *Le Procureur c. Dusko Tadić*, arrêt relatif à l'appel de la décision de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence », 2 octobre 1995, § 128.

45. TSL, Chambre d'appel, « Décision préjudicielle », précitée, p. 76, § 104.

46. *Ibid.*, p. 77, § 104, p. 64-65, § 92.

pays membres à poursuivre leur efforts pour l'établissement d'une définition générale du terrorisme ou encore les déclarations des États dans ce même sens⁴⁷.

Déjà à l'occasion de l'affaire *Tadić*, la « méthodologie inversée » du TPIY qui partait de la prémisse de l'existence d'une incrimination des crimes de guerre dans les conflits non-internationaux avait été pointée du doigt⁴⁸. C'est peut-être aussi là le propre des approches objectivistes de la coutume, lesquelles, guidées par l'idée que l'on se fait des nécessités sociales⁴⁹, brouillent la frontière entre les positions politico-morales et les positions juridiques des États. En effet, le fait que les « États ont la conviction que la répression du terrorisme répond à une nécessité sociale »⁵⁰ ne signifie pas pour autant que ces derniers sont d'accord sur le contenu de la règle qui permettra d'atteindre cette fin. L'approche déductive – c'est-à-dire celle dans laquelle la conclusion précède la démonstration – amène forcément à un traitement biaisé des sources. La réflexion d'A. Cassese semble s'être axée sur une finalité : renforcer l'arsenal juridique de la communauté internationale en matière de lutte contre l'impunité. Or A. Cassese avait cela de particulier qu'il pouvait influencer le développement du droit international tant par ses écrits que par ses décisions, les secondes permettant de supporter les premiers⁵¹.

1.2. Prendre en compte la définition coutumière du terrorisme à tout prix. Le sas du cloisonnement entre droit interne et droit international

Pour pouvoir s'appuyer sur une jurisprudence soutenant sa vision de la définition du terrorisme, il restait à justifier son inclusion dans la décision de la Chambre d'appel du TSL. L'article 2 du Statut stipule clairement que le droit applicable devant le Tribunal se limite au Code pénal libanais et sa définition nationale du terrorisme. Comment alors prendre en compte une définition de droit international coutumier ?

Cette question avait été soulevée par le juge de la mise en état dans son ordonnance relative aux questions préjudicielles. Constatant la tension entre droit national et droit international qui parcourt le Statut du TSL, ce dernier se demande si « le Tribunal doit également tenir compte du droit international applicable en la matière »⁵². Cette tension se manifesterait eu égard au caractère international du Tribunal, dont le Statut renferme des aspects de droit pénal international⁵³.

47. Ben SAUL, « Legislating From a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism », art. cité, p. 685-693 et 697-699.

48. David TURNS, « At the "Vanishing Point" of International Humanitarian Law: Methods and Means of Warfare in Non-International Armed Conflicts », *German Yearbook of International Law (GYIL)*, 45, 2002, p. 130-131.

49. Dans la décision préjudicielle, la Chambre déclare : « De nos jours, les intérêts de la communauté internationale tendent à prévaloir sur ceux des États souverains individuels ; [...] et la doctrine des droits de l'homme a acquis une suprématie dans l'ensemble de la communauté internationale », p. 26, § 29.

50. *Ibid.*, p. 75, § 102.

51. Tamás HOFFMAN, « The Gentle Humanizer of Humanitarian Law. Antonio Cassese and the Creation of Customary Law of Non-International Armed Conflicts », *op. cit.*, p. 79.

52. TSL, Juge de la mise en état, « Ordonnance relative aux questions préjudicielles adressées aux juges de la Chambre d'appel conformément à l'article 68, paragraphe (g) du règlement de procédure et de preuve », STL-11-01-I21 janvier 2011, § 6.

53. *Ibid.*, p. 4 et 7, § 7 (b) et (f).

La Chambre d'appel suit sur cette question un raisonnement complexe, qui reprend *in fine* le chemin tracé par le juge de la mise en état. Schématiquement, la prise en compte du droit international par le Tribunal se justifierait pour deux raisons : la première tient à l'« ubiquité » du droit international et, la seconde, au caractère international du TSL.

Constatant qu'elle a pour mission d'appliquer le Code pénal libanais comme les juridictions libanaises⁵⁴, la Chambre commence par exposer les principes d'interprétation relatifs au droit libanais. Si d'après le Bureau du procureur et le Bureau de défense le droit international ne peut jouer un rôle qu'en cas de lacune, de contradiction ou d'interprétation manifestement incorrecte du droit⁵⁵, selon la Chambre, tout processus d'application d'une norme requiert une interprétation, laquelle doit tenir compte du contexte de cette norme⁵⁶. Or le droit international fait partie du contexte des normes internes libanaises ; « interpréter les dispositions du Code pénal libanais comme le feraient les tribunaux libanais [...], c'est] prendre en compte le droit international qui s'impose au Liban »⁵⁷. Le raisonnement n'est pas suivi, à ce stade, d'une analyse de la pratique des tribunaux libanais afin de vérifier si ceux-ci prennent effectivement en compte le droit international. Cette phrase relève donc d'un idéal : le droit tel que les juridictions libanaises *devraient* l'appliquer et l'interpréter. De fait, « tous les textes législatifs [libanais] sont censés se conformer » aux obligations internationales du Liban⁵⁸.

Cette analyse interviendra plus loin dans la décision, une fois l'existence de la définition coutumière établie. Bien que le droit libanais ne mentionne pas l'application du droit international coutumier, la Chambre estime que ce dernier « doit forcément jouer un rôle au sein de l'ordre juridique libanais »⁵⁹. S'appuyant sur quelques décisions libanaises évoquant le droit international coutumier, la Chambre conclut que, lorsqu'elle est directement applicable, la coutume peut implicitement modifier le droit libanais⁶⁰. La critique a souligné que les décisions citées traitent de questions civiles de sorte qu'elles ne sont pas probantes quant à la pratique des tribunaux nationaux en matière pénale⁶¹. D'ailleurs, si le Code de procédure civile prévoit la primauté des traités internationaux sur les lois nationales⁶², le Code de procédure pénale ne contient aucune indication similaire. C'est peut-être pour cela, et malgré

54. TSL, Chambre d'appel, « Décision préjudicielle », précitée, p. 30, § 35. La chambre rejoint sur ce point les observations du Bureau du procureur et du Bureau de la défense : TSL, Bureau du procureur, « Mémoire du Procureur déposé conformément à l'ordonnance rendue le 21 janvier 2011 par le Président en réponse aux questions soulevées par le juge de la mise en état (article 176 bis du règlement) », STL-11-01/I, 31 janvier 2011, p. 5, § 2 ; TSL, Bureau de la défense, « Observations du Bureau de la défense », précitées, p. 31, § 87.

55. *Ibid.*, p. 6, § 5.

56. TSL, Chambre d'appel, « Décision préjudicielle », précitée, p. 30, § 37.

57. *Ibid.*, p. 32, § 41.

58. *Ibid.*, p. 21, § 20.

59. *Ibid.*, p. 87, § 118.

60. *Ibid.*, p. 88-89, § 120-122.

61. Kai AMBOS, « Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism under International Law? », art. cité, p. 659.

62. L'article 2 du Code de procédure civile libanais : « En cas de conflit entre les dispositions des traités internationaux et les dispositions de droit commun, l'application des dispositions du traité l'emporte. »

sa démonstration, que la Chambre conclut que la définition coutumière du terrorisme n'est pas directement applicable en l'absence d'une législation nationale transposant la règle de droit international⁶³. À ce stade, on peut donc conclure que le droit international ne peut être directement appliqué par le TSL mais peut néanmoins servir d'aide interprétative dans la mesure où il fait partie du contexte du droit libanais.

Afin d'étayer cette conclusion, la Chambre d'appel en vient à son second argument, lequel se fonde sur la nature internationale du Tribunal. Elle relève que les attentats de 2004-2005, qualifiés de « menace contre la paix et la sécurité internationale »⁶⁴, ayant justifié la création d'un tribunal international, « c'est à bon droit qu'il [le Tribunal] interprète et applique le droit libanais relatif au terrorisme à la lumière des normes juridiques internationales en matière de terrorisme »⁶⁵. Plusieurs remarques peuvent être faites quant à ce postulat.

Premièrement, la formule « menace contre la paix et la sécurité internationale » n'a pas immédiatement été employée pour qualifier les attentats au Liban. On ne la retrouve qu'à partir de la résolution 1636 du Conseil de sécurité des Nations unies, soit le moment où la probable implication de la Syrie a été mise en exergue⁶⁶. Or, le fait d'organiser ou d'encourager des actes de terrorisme sur le territoire d'un autre État constitue un recours illicite à la force⁶⁷, quintessence de la menace contre la paix s'il en est. Certes, dans la résolution 1757 portant création du TSL le Conseil de sécurité reprend la formule et agit en vertu du chapitre VII de la Charte des Nations unies. Toutefois, le recours à ce mécanisme ne s'est fait qu'à défaut, pour le gouvernement libanais, de parvenir à obtenir la ratification par son parlement de l'accord sur la création du tribunal. Dans quelle mesure, alors, la qualification de « menace contre la paix et la sécurité internationale » vise-t-elle les attentats en tant qu'actes terroristes ou en tant que violation de l'article 2 § 4 de la Charte des Nations unies ?

Deuxièmement, on ne voit pas ce qui permet à la Chambre d'affirmer que la seule nature internationale d'un tribunal l'autorise *ipso facto* à prendre le droit international en considération. Le juge de la mise en état avait soulevé à cet égard que « les autres tribunaux *ad hoc* n'ont pas hésité à dépasser le cadre stricte de leur statut et à se référer aux conventions internationales et aux principes coutumiers en vigueur pour préciser les infractions qui y figurent »⁶⁸. Cependant, les statuts de ces tribunaux prévoyaient explicitement cette possibilité⁶⁹. À titre d'illustration, la loi portant la création des chambres extraordinaires au Cambodge stipule :

63. TSL, Chambre d'appel, « Décision préjudicielle », précitée, p. 85 et 89, § 114 et 123.

64. S/RES/1636 (2005), al. 19 ; S/RES/1644 (2005), al. 9 ; S/RES/1757 (2007), al. 13.

65. TSL, Chambre d'appel, « Décision préjudicielle », précitée, p. 90, § 124.

66. S/RES/1636 (2005), § 2 et 4 ; CSNU, *Lettre datée du 20 octobre 2005 adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général*, Annexe, *Rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante créée par la résolution 1595 (2005)*, 20 octobre 2005, S/2005/662.

67. A/RES/2625 (XXV), § 1 al. 9.

68. TSL, Juge de la mise en état, « Ordonnance relative aux questions préjudicielles », précitée, p. 4, § 7 (b).

69. Statut du TPIY, art. 2 ; Statut du TPIR, art. 4 ; Statut du TSSL, art. 1 § 1^{er} ; Loi relative à la création de formations extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens pour juger les crimes qui ont été commis durant la période du Kampuchéa démocratique, 10 août 2001, Kram NS/RKM/0801/12, art. 2.

Des chambres extraordinaires sont créées [...] afin de traduire en justice [...] les principaux responsables des crimes graves et violations du droit pénal cambodgien, des *règles et coutumes du droit international humanitaire*, ainsi que des *conventions internationales reconnues par le Cambodge*⁷⁰.

Par contraste, le Statut du TSL précise bien la nature purement nationale du droit applicable. Lors de son rapport sur la création du tribunal, le Secrétaire général de l'ONU a lui-même insisté sur ce point : « si le tribunal spécial présente à tous ces égards des caractéristiques internationales, sa compétence *ratione materiae* et le droit applicable conservent leur caractère national »⁷¹. En somme, l'argument de la Chambre d'appel semble difficilement tenable.

Le raisonnement à compartiment de la Chambre témoigne de sa détermination à prendre le droit international en compte, même comme simple aide interprétative. Cela permettait de justifier les développements sur l'existence d'une définition coutumière du terrorisme et ainsi d'entériner dans la jurisprudence la vision minoritaire d'A. Cassese à ce sujet. Reste à s'interroger sur le but que poursuit l'insertion de cette définition, pour laquelle la Chambre a déployé tant d'énergie.

II. Les objectifs sous-jacents de la prise en compte de la définition coutumière du terrorisme : pratique et immédiat ou « théorique » et lointain ?

La pensée d'A. Cassese s'est caractérisée par la volonté de lutter contre l'impunité et l'inclusion de la définition coutumière du terrorisme dans la décision préjudicielle du TSL ne constitue certainement pas, à cet égard, une fin mais un moyen. L'activisme, tel que nous l'avons défini dans l'introduction, ne se limite pas à s'écarter d'une vision dominante ou traditionnelle du droit, mais à le faire dans la poursuite d'un objectif pratique, politique ou social. Comment cette décision s'insert-elle dans la réalisation de l'idéal cassésien ? A-t-elle un objectif tangible pour la compétence du TSL ou les juridictions libanaises ? Nous verrons que l'intérêt pratique de la décision à cet égard est limité et aléatoire (II.1). L'inclusion de la définition coutumière du terrorisme dans la décision aurait-elle, alors, un dessein plus « théorique » et lointain d'évolution du droit international relatif au terrorisme ? Tel semble bien être le cas. Toutefois, la capacité de la décision préjudicielle à atteindre cet objectif demeure incertaine (II.2).

II.1. Un objectif pratique mais pas immédiat : une utilité limitée pour le TSL et les juridictions libanaises

Concrètement, interpréter le droit libanais au regard du droit international coutumier permet d'élargir la définition libanaise du terrorisme. L'article 314 du Code pénal peut, en effet, paraître assez restrictif dans la mesure où il énumère les moyens susceptibles d'être utilisés pour qu'un acte puisse être considéré comme terroriste :

Sont compris dans l'expression actes de terrorisme tous faits dont le but est de créer un état d'alarme, qui auront été commis par des moyens susceptibles de pro-

70. *Ibid.* Nous soulignons.

71. CONSEIL DE SÉCURITÉ DE L'ONU (CSNU), *Rapport du Secrétaire général sur la création d'un tribunal spécial pour le Liban*, 15 novembre 2006, S/RES/2006/893, § 7.

duire un danger commun, tels qu'engins explosifs, matières inflammables, produits toxiques ou corrosifs, agents infectieux ou microbiens.

Les juridictions libanaises ont traditionnellement appréhendé cette énumération de façon restrictive. Par conséquent et à titre d'illustration, un acte commis à l'aide d'une arme à feu ne pourrait être considéré comme terroriste. Ne contenant pas de telles restrictions, la définition internationale permet de dépasser cette limitation.

On peut toutefois s'interroger sur la nécessité de se référer au droit international pour atteindre cette fin. La Chambre semble d'ailleurs elle-même considérer que celui-ci n'est pas absolument nécessaire ; le droit international n'intervient qu'*a posteriori* et à titre surabondant. En effet, la lecture littérale de l'article 314 du Code pénal libanais ne confirme pas l'approche restrictive. Selon la Chambre, l'accent doit être mis sur les termes « moyens susceptibles de créer un danger commun » qui sont centraux à l'établissement des « outils » susceptibles d'être employés pour commettre un acte terroriste⁷². L'utilisation d'une arme à feu en pleine rue est tout aussi susceptible de mettre d'autres personnes en danger que l'est l'explosif. On peut également ajouter que le mot « tels », qui précède l'énumération, tend à démontrer sa nature illustrative et non limitative⁷³. La Chambre pousse l'interprétation extensive encore un peu plus loin en établissant un lien entre le but de l'acte – « créer un état d'alarme » – et le résultat du moyen utilisé – créer « un danger commun ». Elle argue, ainsi, qu'attaquer une personnalité d'envergure seule chez elle est également susceptible de créer un danger commun du fait des réactions violentes que cet acte pourrait entraîner dans la population⁷⁴. Le problème est, néanmoins, que dans cette approche c'est l'acte et non plus le moyen en tant que tel qui est susceptible de créer un danger commun. Or, considérant la structure de la phrase, « susceptible de créer un danger commun » est l'épithète de « moyen » ; il caractérise la nature de l'objet ou de l'emploi qui en est fait.

Même si l'interprétation de la Chambre semble, à certains égards, trop extensive, ce qu'il faut retenir c'est qu'elle se base exclusivement sur le texte de l'article 314 pour y parvenir. Le droit international n'est pas essentiel pour parvenir à cette conclusion. Ce n'est qu'à titre incident que la Chambre considère que l'élargissement des moyens susceptibles d'être employés est plus à même « d'appréhender les formes contemporaines du terrorisme » et, qu'en outre, il se justifie au regard du droit international. Cependant, même si son importance est au final accessoire, c'est principalement sur cette question des moyens que la Chambre justifie la prise en compte du droit international ; d'où la question suivante : quel est l'intérêt pratique de cet élargissement ?

Il faut, à ce stade, souligner que la décision du 16 février 2011 a été rendue dans le cadre d'une procédure préjudicielle. Ce mécanisme, propre au TSL, a été mis en place afin d'éviter des interprétations divergentes du droit selon les chambres et les

72. TSL, Chambre d'appel, « Décision préjudicielle », précitée, p. 91, § 126.

73. En ce sens, voir Martin BERNHAUT, « Interlocutory Decision on the Applicable Law », art. cité, p. 236.

74. TSL, Chambre d'appel, « Décision préjudicielle », précitée, p. 91, § 127.

affaires en cause, ce qui aurait nuit à l'efficacité du Tribunal⁷⁵. Il permet au juge de la mise en état d'interpeller la Chambre d'appel pour obtenir des précisions sur le droit applicable avant de rendre sa décision sur un acte d'accusation⁷⁶. Cette procédure permet au Tribunal de se construire une position sur le contenu des règles à appliquer en dehors de tout cas concret d'application. La décision préjudicielle ne limite pas ses effets à un cas particulier mais concerne toutes les affaires à venir devant le Tribunal. Il faut, par conséquent, s'interroger sur l'intérêt de l'élargissement des moyens pouvant être employés pour commettre un attentat au regard de l'ensemble des faits dont le TSL peut être saisi.

Conformément à l'article 1^{er} du Statut du Tribunal, ce dernier est compétent pour connaître de l'attentat contre Rafik Hariri ainsi que des actes perpétrés entre le 1^{er} octobre 2004 et le 12 décembre 2005 pour autant qu'ils aient un lien de connexité avec l'assassinat de l'ancien Premier ministre et qu'ils soient d'une nature et d'une gravité similaires⁷⁷. Or l'ensemble des attentats commis sur cette période l'ont été à l'aide d'explosifs⁷⁸. D'ailleurs, le rapport du Secrétaire général des Nations unies sur le TSL prévoit qu'une des façons d'établir le lien de connexité est « notamment le *mode opératoire* (utilisation d'engins explosifs dans tous les cas) »⁷⁹. La Commission d'enquête avait en effet estimé :

La similitude du mode d'exécution de chacun des attentats paraît renvoyer à un groupe unique d'auteurs, qui avaient l'intention de commettre une série d'attentats suivant le même schéma et comportant le moins possible de complications⁸⁰.

Il est intéressant de noter que la règle 12 du Règlement de procédure et de preuve – établi donc par les juges⁸¹ – étend la compétence *ratione temporis* du Tribunal. En l'occurrence, le 21 novembre 2006, le député anti-syrien Pierre Gemayel fut tué par balle dans les rues de Beyrouth. L'élargissement des moyens trouve ici une raison d'être. Cependant, pour les faits commis après le 12 décembre 2005, les conditions d'exercice de la compétence du TSL sont très strictes. En effet, il faut non seulement que les faits aient un lien de connexité avec l'attentat contre Rafik Hariri, qu'ils soient d'une gravité similaire, que le Tribunal exerce déjà sa compétence à l'encontre des personnes présumées responsables, mais aussi que le gouvernement libanais et le Conseil de Sécurité aient donné leur accord. L'intérêt pratique de l'extension de la définition libanaise du terrorisme pour la compétence matérielle du Tribunal demeure donc très marginal.

75. Voir Daniel A. BELLAMARE, « Bringing Terrorists Before International Justice: a View From the Front-line », *Criminal Law Forum*, 23, 2012, p. 432-433 ; Matthew GILLET et Matthias SCHUSTER, « Fast-Track Justice. The Special Tribunal for Lebanon Defines Terrorism », art. cité, p. 991-997.

76. Règlement de procédure et de preuve du TSL, règle 68 (G).

77. Statut du TSL, art. 1^{er}.

78. CSNU, *Quatrième rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante créée par les résolutions 1595 (2005), 1636 (2005) et 1644 (2005) du Conseil de Sécurité*, en annexe de la *Lettre datée du 10 juin 2006, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général*, S/2006/375, p. 16, § 64.

79. CSNU, *Rapport du Secrétaire général*, précité, S/2006/893, p. 4, § 14. En italique dans le texte.

80. CSNU, *Quatrième rapport de la Commission d'enquête internationale indépendante*, précité, S/2006/375, p. 17, § 69.

81. Statut du TSL, art. 28 § 1^{er}.

Cette extension aurait-elle, en revanche, un intérêt plus tangible pour les juridictions libanaises ? Tel que susmentionné, ces dernières ont globalement une approche restrictive de l'article 314 du Code pénal libanais, approche que la Chambre d'appel juge inapte à appréhender les formes modernes du terrorisme. La Chambre mentionne, en particulier, les affaires *Chamoun* et *al-Halabi*⁸² dans lesquelles, respectivement, Dany Chamoun fut abattu dans son appartement de Beyrouth⁸³ et le Sheikh al-Halabi tué à l'aide d'un fusil mitrailleur en montant dans sa voiture⁸⁴. Dans les deux cas, la Cour de cassation libanaise avait conclu que dans la mesure où les attaques n'avaient pas été commises à l'aide d'engins repris dans l'article 314, les faits ne pouvaient être qualifiés de « terroristes »⁸⁵. Dans quelle mesure la décision préjudicielle de la Chambre pourrait-elle entraîner un revirement de jurisprudence ? Il n'y a, certes, aucune hiérarchie entre le TSL et les tribunaux domestiques⁸⁶ et la décision préjudicielle ne bénéficie à leur égard d'aucune autorité particulière. Mais il arrive que des juridictions internes se réfèrent à la jurisprudence internationale⁸⁷. Ici, la possibilité est même plus grande considérant que c'est le droit libanais que le TSL est chargé d'appliquer. Un tribunal libanais voulant défendre une interprétation plus large de l'article 314 invoquera donc très probablement cette décision en appui de sa position. C'est peut-être ici que l'invocation du droit international acquiert une certaine pertinence : il permet d'introduire un élément nouveau dont les juridictions libanaises n'avaient jusqu'ici pas tenu compte, et qui confirme l'approche extensive. En pratique, la décision préjudicielle du TSL est un outil qui permettrait que des événements analogues à ceux des affaires *Chamoun* et *al-Halabi* puissent être appréhendés comme des actes de terrorisme. Toutefois, encore faudrait-il que les juridictions libanaises décident de suivre le chemin tracé par la Chambre d'appel.

L'intérêt pratique de l'introduction de la définition coutumière du terrorisme dans la décision préjudicielle du TSL est somme toute limité. D'une part, la définition coutumière n'intervient qu'à la marge pour justifier une interprétation extensive de l'article 314 du Code pénal libanais et, d'autre part, son intérêt pratique tant à l'égard de la compétence matérielle du TSL que de la jurisprudence libanaise est hypothétique. Cette inclusion aurait-elle alors, et par ailleurs, un objectif plus abstrait ou théorique d'évolution du droit international ?

82. TSL, Chambre d'appel, « Décision préjudicielle », précitée, p. 91, § 125.

83. LEBANESE REPUBLIC, JUDICIAL COUNCIL, « Judgement in the Case of the Homicide of Engineer Dany Chamoun, his Wife Ingrid Ilya Abdenour and their Two Sons, Tarek and Julian », 24 juin 1995, affaire n° 4/1994, jugement n° 5/1995, p. 31.

84. ID., « Judgement in the Case of the Homicide of Sheikh Nizar al-Halabi », 17 janvier 1997, affaire n° 1/1996, jugement n° 1/1997, p. 24.

85. ID., « Judgement in the Case of the Homicide of Engineer Dany Chamoun », précité, p. 70 ; ID., « Judgement in the Case of the Homicide of Sheikh Nizar al-Halabi », précité, p. 55-56.

86. Le Statut prévoit une compétence prioritaire du TSL sur les juridictions nationales, ce qui n'implique nullement un rapport vertical de hiérarchie entre les deux types d'institutions ; Statut du TSL, art. 4.

87. Gabriele DELLA MORTE, « Les tribunaux pénaux internationaux et les références à leur propres jurisprudences : *auctoritas rerum similiter judicatarum* ? », in Mireille DELMAS-MARTY, Emanuela FRONZA et Elisabeth LAMBERT ABDELGAWAD (dir.), *Les sources du droit international pénal : l'expérience des tribunaux pénaux internationaux et le Statut de la Cour pénale internationale*, Paris : Société de législation comparée, 2005, p. 212.

II.2. Un objectif théorique et lointain : un moyen de galvaniser le débat sur la définition internationale du terrorisme et l'espoir incertain d'un effet « boule de neige »

La décision entérine une vision doctrinale minoritaire dans un contexte d'enlèvement autour de l'établissement d'une définition unique du terrorisme. La jurisprudence n'est certes qu'une source secondaire du droit international, mais depuis longtemps son rôle prépondérant dans l'évolution du droit a été mis en avant⁸⁸. Il suffit de penser aux travaux de la Commission du droit international (ci-après CDI) qui s'y réfèrent fréquemment comme preuve de la coutume⁸⁹. Les juges deviennent parfois les protagonistes du processus législatif. Interrogé sur l'activisme judiciaire, A. Cassese mettait lui-même ce phénomène en exergue :

*International courts, under cover of applying or interpreting the law, actually set new legal standards [...] Thus it is interesting to see the extent to which through obiter dictum or so-called interpretation that actually boils down to the creation of new legal standards, courts can expand their role and actually replace lawmakers*⁹⁰.

La décision de la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Tadić* constitue une belle illustration de ce phénomène. A. Cassese considéra d'ailleurs que ce fut l'affaire la plus importante sur laquelle il siégea dans la mesure où : « *I pushed so much and we exploited the Tadić case to draw as much as possible from a minor defendant and launch new ideas, and be creative* »⁹¹. » Et ce, malgré le fait que, de son propre aveu, la décision reposait sur « *a lot of evidence... well some evidence [laughter]* »⁹². Cette décision est parvenue à s'autonomiser et combler la lacune juridique qui existait dans le droit international humanitaire applicable aux conflits non internationaux⁹³. C'est notamment grâce à l'accueil favorable qu'elle reçut de la part de la CDI lors de l'élaboration du projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, que les principes dégagés par le TPIY se retrouvèrent dans le Statut de la Cour pénale internationale en 1998⁹⁴. Selon A. Cassese, la démarche du TPIY se justifiait dans la mesure où, face au mutisme du droit, le praticien a « le devoir moral de “subroger” le droit, de rendre vives et opérantes les rares normes existantes »⁹⁵, et ce dans l'intérêt

88. Voir Hersch LAUTERPACHT, *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge : CUP, 1982, p. 20-25 ; Philippe CAHIER, « Le rôle du juge dans l'élaboration du droit international », in Jerzy MAKARCZYK (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in Honour of Krystof Skubizewski*, The Hague : Martinus Nijhoff, 1996, p. 353-365 ; Alan BOYLE et Christine CHINKIN, « The Making of International Law », Oxford : OUP, 2007, p. 263-311.

89. Voir Gilbert GUILLAUME, *La Cour internationale de justice à l'aube du XXI^e siècle. Le regard d'un juge*, Paris : Pedone, 2003, p. 213.

90. Dieter GRIMM, « Judicial Activism » (commentary by discussing Antonio Cassese), in Robert BADINTER et Stephen BREYER (eds.), *Judges in Contemporary Democracy: An International Conversation*, New York : NYU Press, 2004, p. 33.

91. Joseph WEILER, « Nino in his Own Words », *EJIL Talk!*, 3 janvier 2012, disponible sur : <<http://www.ejiltalk.org/>> (consulté le 20 juin 2012).

92. *Ibid.* Nous soulignons.

93. Tamás HOFFMAN, « The Gentle Humanizer of Humanitarian Law. Antonio Cassese and the Creation of Customary Law of Non-International Armed Conflicts », *op. cit.*, p. 69-73. Voir aussi : Theodor MERON, *The Making of International Criminal Justice. A View from the Bench*, *op. cit.*, p. 220-223.

94. Tamás HOFFMAN, « The Gentle Humanizer of Humanitarian Law. Antonio Cassese and the Creation of Customary Law of Non-International Armed Conflicts », *op. cit.*, p. 70.

95. Antonio CASSESE, « La Guerre civile et le droit international », art. cité, p. 578.

de l'humanité et des valeurs de la communauté internationale⁹⁶. À cet égard, la jurisprudence *Tadić* a assurément atteint son objectif puisqu'elle a permis de combler une lacune du droit humanitaire et d'améliorer la lutte contre l'impunité internationale.

La réflexion d'A. Cassese sur le terrorisme s'est également articulée autour de ce souci et la décision préjudicielle du 16 février 2011 en constitue l'aboutissement. Entérinée dans la jurisprudence, elle acquiert une plus grande force persuasive et devient, potentiellement, un outil de l'évolution juridique du débat sur la définition du terrorisme en droit international. De fait, comme certains l'ont souligné, la décision devrait exercer une influence sur la jurisprudence internationale et domestique future, et ce, considérant :

*The status of the Tribunal as a specially constituted international tribunal, the influence generally accorded to the scholar writings of its President Judge, Antonio Cassese [...] and the weight of evidence that the Appeals Chamber was able to invoke in order to forcefully conclude that a customary rule has now crystallized*⁹⁷.

Dans quelle mesure, cependant, la décision préjudicielle du TSL pourrait-elle réellement suivre un chemin analogue à la décision du TPIY dans l'affaire *Tadić* ? Même si l'intention sous-jacente semble bien être de faire évoluer le droit, il n'est pas certain qu'elle y parvienne. Force est, tout d'abord, de constater que la décision du TSL a reçu un accueil mitigé, d'une critique tenace⁹⁸ à une littérature relativement séduite par l'idée mais mal à l'aise avec la méthodologie de la démonstration⁹⁹.

Toutefois, la réaction dans le monde scientifique n'empêchera pas la jurisprudence de reprendre la décision. Cependant, comme susmentionné, cela demeure aléatoire, dépendant notamment de la vision que le juge en charge souhaitera privilégier. La décision préjudicielle a, en revanche, une autorité sur les autres chambres du TSL. En théorie, ses conclusions devraient donc se pérenniser dans la jurisprudence de ce dernier jusqu'à former un *corpus* jurisprudentiel dont la force persuasive augmente en même temps que son volume. Néanmoins, comme nous l'avons vu, l'intérêt pratique de la définition coutumière internationale du terrorisme pour le TSL est restreint. Il est donc peu probable que cette définition trouve à être fréquemment reproduite dans les décisions du TSL. Il est à cet égard important de souligner que le 12 juin 2012, les accusés de l'affaire de l'attentat contre Rafik Hariri ont interjeté une motion de révision de la décision préjudicielle¹⁰⁰. En particulier,

96. ID., « The Role of Internationalized Courts and Tribunals in the Fight Against International Criminality », *op. cit.*, p. 3.

97. Martin BERNHAUT, « Interlocutory Decision on the Applicable Law », art. cité, p. 233-234. Voir aussi : Michael P. SCHARF, « Special Tribunal for Lebanon Issues Landmark Ruling on Definition of Terrorism and Modes of Participation », art. cité.

98. Ben SAUL, « Legislating From a Radical Hague: The United Nations Special Tribunal for Lebanon Invents an International Crime of Transnational Terrorism », art. cité ; Kai AMBOS, « Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism under International Law? », art. cité ; Stefen KIRSCH et Anna OEHMICHEN, « Judges Gone Astray: The Fabrication of Terrorism as an International Crime by the Special Tribunal For Lebanon », art. cité.

99. Manuel J. VENTURA, « Terrorism According to the STL's Decision on the Applicable Law. A Defining Moment or a Moment of Defining? », art. cité, p. 1035.

100. Voir TSL, Défense de M. Mustafa Amine Badreddine, « Requête en réexamen de la décision préjudicielle sur le droit applicable rendue par la Chambre d'appel le 16 février 2011 », STL-11-01, 13 juin 2012 ; TSL, La Défense de M. Hussein Hassan Oneissi, Demande de la défense de M. Oneissi en réexamen de la

une des défenses a mis en exergue la « confusion des fonctions législative et juridictionnelle »¹⁰¹ opérée par la Chambre, point sur lequel cette dernière ne reviendra pas dans sa décision du 18 juillet 2012 rejetant l'appel¹⁰².

Il faut, par ailleurs, examiner dans quelle mesure cette définition permet de résoudre les problématiques qui entravent l'établissement d'une définition unique du terrorisme, soit : la question des combattants de la liberté, du terrorisme en temps de guerre et du terrorisme d'État. À l'exception de ce dernier point, la décision préjudicielle les aborde tous directement, en écartant néanmoins rapidement les controverses qu'ils contiennent. En ce qui concerne les combattants de la liberté, la grande difficulté est la volonté de certains États de voir inclure une référence à la lutte légitime des peuples pour l'indépendance et la liberté et de cette manière distinguer le terrorisme des autres formes de violences politiques¹⁰³. À cet égard, la Chambre estime qu'un accord suffisamment généralisé s'est dégagé puisque même les États qui tiennent à cette distinction ont ratifié des textes – en particulier la Convention sur la répression du financement du terrorisme¹⁰⁴ – qui ne font pas mention de la lutte légitime de certains peuples¹⁰⁵. « Les États qui insistent encore pour qu'une exception soit retenue à l'égard des "combattants de la liberté" et qui font en conséquence objection à la définition internationale du terrorisme [...] pourront tout au plus être considérés [...] comme des objecteurs persistants¹⁰⁶. » Après tout, il est admis que « les intérêts de la communauté internationale tendent à prévaloir sur ceux des États souverains individuels »¹⁰⁷. Un autre frein à l'adoption de la Convention générale sur le terrorisme concerne l'extension de son champ d'application, notamment aux actes perpétrés en temps de guerre¹⁰⁸. Le TSL considère, sur ce point, « qu'une règle coutumière, qui couvre également le terrorisme en période de conflit armé, est en gestation », la définition qu'il a dégagée ne s'appliquant qu'en temps de paix. On voit donc que la Chambre cherche effectivement à résoudre certaines controverses et à mettre en exergue les éléments sur lesquels les positions des États ne sont finalement pas si éloignées.

décision préjudicielle sur le droit applicable du 16 février 2011, STL-11-01, 13 juin 2012 ; TSL, Sabra Defence, Sabra Motion for Reconsideration of Rule 176bis Decision – « International Terrorism », STL-11-01, 13 juin 2012 (disponible uniquement en anglais).

101. TSL, Défense de M. Mustafa Amine Badreddine, « Requête en réexamen de la décision », précitée, p. 13.

102. TSL, Chambre d'appel, « Décision relative aux requêtes de la défense en réexamen de la décision de la Chambre d'appel du 16 février 2011 », STL-11-01, 18 juillet 2012.

103. Voir Boaz GANOR, « Defining Terrorism: Is One Man's Terrorist another Man's Freedom Fighter? », *Police Practice and Research: An International Journal*, 3 (4), 2002, p. 287-304.

104. Notons tout de même que l'Égypte, la Jordanie, la Namibie et la Syrie ont fait des déclarations indiquant qu'ils « considèrent que les actes de résistance nationale, sous toutes leurs formes, y compris la résistance armée face à l'occupation étrangère et à l'agression aux fins de libération et d'autodétermination, ne sont pas des actes de terrorisme ».

105. TSL, Chambre d'appel, « Décision préjudicielle », précitée, p. 81-83, § 107-110.

106. *Ibid.*, p. 83, § 110.

107. *Ibid.*, p. 26, § 29.

108. Voir Mahmoud HMOUD, « Negotiating the Draft Comprehensive Convention on International Terrorism. Major Bones of Contention », *JICJ*, 4, 2006, p. 1039-1041.

Toutefois, il est intéressant de constater que rien ne permet d'affirmer que la décision du TSL ait été discutée au sein du Comité spécial pour le terrorisme, chargé d'élaborer la Convention générale à sa quinzième session en avril 2011¹⁰⁹. À cette occasion, certaines délégations ont, en outre, « insisté sur le fait qu'il ne fallait pas confondre terrorisme et lutte légitime des peuples placés sous occupation ou domination étrangère ou coloniale »¹¹⁰. On peut par conséquent, pour l'instant, douter de la capacité de la décision préjudicielle à surmonter cet obstacle central et à accélérer l'établissement d'une définition unique du terrorisme. À titre de comparaison, les conclusions de l'affaire *Tadić* ont été discutées par les délégations étatiques au sein du Comité préparatoire sur la création d'une Cour criminelle internationale chargée d'élaborer un projet de Statut dès mars 1996¹¹¹. Comme certains l'ont souligné, à l'égard des États, la décision de la Chambre d'appel « *probably goes too far to turn the argument around* »¹¹².

Conclusion

Il ressort de ce qui vient d'être présenté que tant au niveau doctrinal que judiciaire la définition coutumière du terrorisme d'Antonio Cassese poursuit le même dessein : combler les lacunes du droit et par là même appréhender plus efficacement le phénomène du terrorisme international. L'ensemble de la pensée d'A. Cassese sur le sujet est, en effet, guidée par la volonté de lutter contre l'impunité, ce qui nécessitait, à terme, une définition unique du concept. Cette définition s'est ensuite glissée dans la décision préjudicielle de la Chambre d'appel du TSL, seule juridiction internationale compétente pour connaître de fait de terrorisme. Cette transposition, qui permet d'élargir les moyens susceptibles d'être utilisés pour qu'un acte soit qualifié de terroriste au Liban, ne revêt qu'un intérêt pratique limité eu égard à la compétence du Tribunal. En revanche, entérinée en jurisprudence, la définition coutumière du terrorisme acquiert une plus grande force persuasive susceptible d'engendrer une évolution du droit international. Sa capacité à le faire demeure cependant incertaine si l'on considère l'accueil réservé que la décision a reçu. Il n'empêche que la décision constituait une « *deliberate attempt of judicial law-making* »¹¹³, dans la continuation de ce qu'Antonio Cassese conçoit comme le rôle du spécialiste de droit international et les appels à accomplir dans le dernier ouvrage qu'il a édité : *Realizing Utopia*¹¹⁴.

109. Le Comité spécial pour le terrorisme n'a pas été convoqué en 2012. Voir le *Rapport du Comité spécial créé par la résolution 51/210 de l'Assemblée générale, en date du 17 décembre 1996*, Quinzième session (11-15 avril 2011), UN Doc. A/66/37.

110. *Ibid.*, p. 5, § 2.

111. COUR PÉNALE INTERNATIONALE (CPI), *Preparatory Committee on establishment of international criminal court discusses the inclusion of war crimes in list of « core crimes »*, 27 mars 1996, L/2764.

112. Bibi VAN GINKEL, « Combating Terrorism: Proposals for Improving International Legal Framework », in Antonio CASSESE (dir.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, op. cit., p. 472.

113. Stefan KIRSCH et Anna OEHMICHEN, « Judges Gone Astray: The Fabrication of Terrorism as an International Crime by the Special Tribunal For Lebanon », art. cité, p. 19.

114. Antonio CASSESE, « Introduction », in Id. (dir.), *Realizing Utopia. The Future of International Law*, op. cit., p. XVII-XXII.

■ L'auteur

Agatha Verdebout est doctorante au Centre de droit international et de sociologie appliquée au droit de l'Université Libre de Bruxelles (ULB). Ses recherches, qui incluent une importante dimension théorique et interdisciplinaire, portent sur l'histoire du droit international et, plus particulièrement, sur le recours à la force.

Parmi ses publications :

— « Article 10 », in Robert KOLB (dir.), *Commentaire sur le Pacte de la SDN*, Bruxelles : Bruylant, 2014 (à paraître) ;

— « L'opposition de l'Union Africaine aux poursuites contre Omar Al Bashir. Analyse des arguments juridiques avancés pour entraver le travail de la Cour pénale internationale et leur expression sur le terrain de la coopération » (avec Martyna FALKOWSKA), *Revue belge de droit international (RBDI)*, 1, 2012.

Le présent article est le résultat de plusieurs mois de recherche sous l'égide de l'Action de recherche concertée « Le juge, un acteur en mutation », lancée par la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles en octobre 2010.