

Nouveau regard sur les sources du droit applicable par la Cour pénale internationale*

Alain Pellet

Le Statut de la Cour pénale internationale, comme tout autre accord international, présente des lumières et des ombres¹

F. LATTANZI



1 Introduction

L'idée d'inclure une définition du droit applicable dans un traité créant une juridiction internationale est aussi vieille (ou aussi récente !) que celle, justement, de créer de telles juridictions.

Le premier effort de systématisation remonte à l'article 7 du projet de Convention de 1907 créant une Cour internationale des Prises², dont la parenté, sans doute fortuite, avec l'article 21 du Statut de la Cour pénale internationale (CPI) est frappante. De même, lors de l'élaboration du Statut de la Cour permanente de justice internationale (CPJI), le Comité des Juristes de la Société des Nations, faute de pouvoir codifier tout le droit international, s'est,

* La présente contribution est largement issue de ma présentation du droit applicable par la CPI dans l'ouvrage publié sous la direction A. Cassese, P. Gaeta et J.R.W.D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, OUP, Oxford, 2002, pp. 1051–1084) qu'il actualise et modifie en partie. J'adresse mes vifs remerciements à Benjamin Samson pour l'aide qu'il m'a apportée en vue de cette mise à jour.

1 F. Lattanzi, 'Compétence de la Cour pénale internationale et consentement des États', 103 *Revue générale de droit international public* (1999), n. 2, p. 425.

2 « Si la question de droit à résoudre est prévue par une convention en vigueur entre le belligérant capteur et la puissance qui est elle-même partie au litige, ou dont le ressortissant est partie au litige, la Cour se conforme aux stipulations de ladite convention. À défaut de telles stipulations, la Cour applique les règles du droit international. Si des règles généralement reconnues n'existent pas, la Cour statue d'après les principes généraux de la justice et de l'équité ».

sagement, borné à énumérer non pas les *règles* applicables, mais les *sources* de droit vers lesquelles la Cour devrait se tourner pour découvrir ces règles. Telle est l'origine du très fameux article 38 du Statut de la CPJI, passé, moyennant des ajustements rédactionnels mineurs, dans le Statut de la Cour internationale de justice (CIJ) en 1945³.

Alors que les Statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) sont muets en ce qui concerne le droit applicable, la Commission du droit international (CDI) s'était bornée, dans son avant-projet de Statut d'une Cour criminelle internationale de 1994, d'une part à énumérer les « Crimes relevant de la compétence de la Cour »⁴ et, d'autre part, sous l'intitulé « Droit applicable », à indiquer, dans l'article 33, les sources auxquelles la Cour devait se référer pour prendre ses décisions. Comme l'a écrit le professeur James Crawford, principal artisan du projet, le traitement du droit applicable, tel qu'il était prévu dans l'article 28⁵, « is simplicity itself. (...) No doubt to say that applicable rules, whether derived from treaties, general international law or national law, are to be applied is not to say very much. But the way in which treaties and rules and principles of international law are applied under Article 36 [sic : 38] of the Statute of the International Court is now fairly understood, and there was little point in seeking to elaborate them in one particular context »⁶.

Les rédacteurs du Statut de la CPI n'ont pas eu cette modestie. Sans doute ont-ils repris l'idée qui était à la base du projet d'article 33 et qui se traduit par l'article 21, consacré au droit applicable. Toutefois, non seulement ils ont semé le Statut de dispositions qui précisent (ou compliquent) cet article central⁷, mais encore, en même temps, ils se sont lancés dans une aventureuse

3 V.A. Pellet, 'Article 38', in A. Zimmermann, Ch. Tomuschat et K. Oellers-Frahm (eds), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2nd edn, OUP, Oxford, 2012, pp. 731-870, en particulier, pp. 738-745.

4 Article 20 ; v. CDI, Rapport sur les travaux de sa 46ème session, *Annuaire...1994*, vol. II, Partie 2, pp. 40-43.

5 Article 33 dans le premier projet, de 1994. Cette disposition, à l'évidence calquée sur l'article 38 du Statut de la CIJ, était rédigée ainsi : « La Cour applique : a) Le présent Statut ; b) Les traités applicables et les principes et règles du droit international général ; c) Le cas échéant, toute règle de droit interne » (*ibid.*, pp. 54-55).

6 J. Crawford, 'The ILC's Draft Statute for an International Criminal Tribunal', 88 *American Journal of International Law*, (1994), n. 1, pp. 147-148. Pour une position très hostile à l'inclusion d'une disposition relative au droit applicable, mais peu convaincante, v. J. Verhoeven, 'Article 21 of the Rome Statute and the Ambiguities of Applicable Law', 33 *Netherlands Yearbook of International Law* (2002), pp. 3-22, en particulier, p. 21.

7 Cf. les articles 9, 10, 21, 22, para. 3, 80, 88, 103, 106 ou 107.

codification des crimes à l'égard desquels la Cour a compétence en vertu de l'article 5 de son Statut⁸.

De ce fait, le système de sources auxquelles se réfère le Statut est si complexe et, à certains égards, si incertain, et leur hiérarchie si ambiguë, que l'on a pu penser que les Juges s'en affranchiraient, au moins en partie, pour recouvrer les pouvoirs inhérents à toute juridiction dont les rédacteurs du Statut ont, à l'évidence, voulu les priver⁹.

2 Un entrelacs de sources imparfaitement définies

Organisation internationale constituant « un nouvel ordre juridique du droit international »¹⁰, la CPI est à la fois appelée à appliquer son « droit propre »¹¹ dont le Statut est la « norme suprême », et les règles auxquelles il se réfère, que celles-ci relèvent de son droit propre (a) ou lui soient extérieures (b).

a) Le « droit propre » de la Cour pénale internationale

L'article 21 du Statut mentionne quatre sources possibles du droit applicable par la Cour qui sont propres à celle-ci et se complètent : le Statut lui-même, les Éléments des crimes, le Règlement de procédure et de preuve et, de façon quelque peu ambiguë, la jurisprudence de la Cour.

i) Le Statut

Sa nature est triple.

Il constitue, en premier lieu, l'acte constitutif de l'organisation internationale qu'est la Cour. À ce titre, il comprend des dispositions concernant

8 V. les articles 6 à 8 - et, maintenant, 8bis définissant le crime d'agression si l'on inclut l'amendement adopté à Kampala le 11 juin 2010 (non entré en vigueur, et pas prêt de l'être - v. *infra* note 16).

9 V. la contribution du signataire de ces lignes à A. Cassese, P. Gaeta et J.R.W.D. Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, OUP, Oxford, 2002, pp. 1051-1084.

10 Cf. C.J.C.E., aff. 26/62, *Van Gend en Loos*, Rec. IX, p. 23.

11 Sur cette notion, v. notamment : C.W. Jenks, *The Proper Law of International Organizations*, London, Stevens, 1962, p. 282, ou Ph. Cahier, 'Le droit interne des organisations internationales', 1963 *Revue générale de droit international public* (1963), pp. 563-602 ou 'L'ordre juridique interne des organisations internationales', in R.J. Dupuy (ed.), *A Handbook of International Organizations*, Académie de Droit international, Dordrecht/Boston/Lancaster, Nijhoff, 1988, pp. 237-257, et le commentaire de l'article 2 (b) du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des organisations internationales, *Rapport de la CDI sur sa 63ème session*, A/66/10, pp. 78-79, paras. (16)-(21).

l'« Institution de la Cour », sa structure et son mode de fonctionnement¹² ainsi que les « Clauses finales »¹³. Comme tout acte constitutif, il est un « traité [...] d'un type particulier »¹⁴, à la fois accord entre les États parties et « constitution » de l'Organisation, placé au sommet de la hiérarchie des normes applicables¹⁵.

Le Statut est également un code de procédure pénale déterminant la compétence de la Cour et régissant les modalités d'enquête et de poursuite, le déroulement du procès, les peines et leur exécution, l'appel contre les décisions de la Cour et leur révision. Du fait de la nature internationale de la Cour, il fixe en outre, avec un très grand luxe de détails, les obligations des États en matière de coopération et d'assistance judiciaire.

Enfin, le Statut comporte des éléments d'un véritable code pénal en définissant trois des crimes à l'égard desquels la Cour a compétence (articles 6 à 8)¹⁶ et en énonçant les « Principes généraux du droit pénal » (chapitre III¹⁷). Ce dernier aspect n'allait pas de soi. Il était sans aucun doute nécessaire de définir la compétence de la Cour et de répondre aux exigences du principe *nullum crimen sine lege* dont le respect s'impose dans tout procès pénal, comme le rappelle l'article 11, paragraphe 2, de la Déclaration universelle des Droits de l'homme. Mais il n'était ni utile d'entrer dans de si grands détails, ni même indispensable de procéder à l'énoncé – et sûrement pas si détaillé – des règles applicables au fond¹⁸. Or, paradoxalement, plus le temps passe, plus celles-ci sont

12 Chapitres I, IV, XI et XII.

13 Chapitre XIII.

14 Cf. CIJ, avis consultatif, 8 juillet 1996, *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*, Rec. 1996, p. 75, para. 19.

15 v. *infra*, paras. 53.

16 Suite à l'amendement de Kampala, adopté le 11 juin 2010, un article 8bis a été ajouté au Statut. Conformément à l'article 121, para. 5, du Statut, cette disposition entrera en vigueur à l'égard des États l'ayant accepté un après le dépôt de leurs instruments de ratification (à ce jour – 31 août 2014, l'amendement a été accepté par quinze États et est entré en vigueur à l'égard de sept d'entre eux).

17 Comme on l'a relevé Pierre-Marie Dupuy, d'autres principes généraux du droit international pénal sont énoncés dans d'autres parties du Statut (cf. l'article 20 sur la règle *ne bis in idem* ou l'article 66 sur la présomption d'innocence) (cf. P.-M. Dupuy, 'Normes internationales pénales et droit impératif (*jus cogens*)', in H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet (eds), *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2nd edn, 2012, pp. 81–90).

18 Sur les mérites et les limites de la précision v. L. Burgorgue-Larsen, 'Les sources du droit international pénal. Analyse comparative de la pratique judiciaire des TPI et du texte du Statut portant création de la Cour pénale internationale', in M. Delmas-Marty, E. Fronza et E. Lambert-Abdelgawad (eds), *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, Paris, 2005, pp. 377–381.

vétilleuses¹⁹, marquées par ce que l'on a qualifié de « fièvre juridictionnelle »²⁰ qui fige les définitions dans des formulations de compromis laborieuses en retrait, sur certains points au moins, par rapport aux acquis de la jurisprudence des tribunaux *ad hoc*²¹ et du droit coutumier lui-même²².

Ce faisant, se départant du sage parti retenu par la CDI²³, les négociateurs ont transposé, de manière mécanique, au plan international, le principe de légalité tel qu'il s'applique en droit interne ; du même coup,

- ils se sont, implicitement, fondés sur une définition de la légalité qui correspond peut-être à l'idée que s'en font les pénalistes mais qui n'est guère adaptée au génie propre du droit des gens dont la composante coutumière est essentielle ;
- ils ont figé des définitions coutumières en voie d'évolution rapide ; et
- ils ont manifesté à l'égard des Juges une méfiance que reflètent un grand nombre d'autres dispositions du Statut²⁴.

La raison la plus fréquemment invoquée en faveur du procédé retenu dans le Statut tiendrait aux exigences du principe *nullum crimen sine lege*. Le problème serait « that the elements of the offenses arising out of 'general international

19 William Schabas a fait remarquer que l'article 6 (b) de l'Accord de Londres de 1945 définissait (en anglais) les crimes de guerre en 73 mots ; les articles 2 et 3 du Statut du TPIY faisaient la même chose en 239 mots ; et l'article 8 du Statut de Rome en ... 1594 mots ! (W. Schabas, 'Follow Up to Rome : Preparing for Entry into Force of the International Criminal Court Statute', in 20 *Human Rights Law Journal* (1999), p. 163).

20 H. Ascensio, 'La Cour pénale internationale et l'héritage des Tribunaux pénaux internationaux', in P. Tavernier (ed.), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 246.

21 V.A. Cassese, 'The Statute of the International Criminal Court : Some Preliminary Reflections', 10 *European Journal of International Law* (1999), n. 1, pp. 152–153 et 170 et, plus précisément sur l'article 33 du Statut, P. Gaeta, 'The Defense of Superior Orders : The Statute of the International Criminal Court versus Customary International Law', *ibid.*, pp. 172–191.

22 Dans son jugement *Kupreškić* du 14 janvier 2000, la Chambre de première instance du TPIY a jugé qu'« en dépit du fait que le Statut de la CPI puisse témoigner de l'*opinio juris* de nombreux États, l'article 7 1) h) [sur les persécutions comme crime contre l'humanité] n'est pas conforme au droit international coutumier » (IT-95-16-T, para. 580).

23 v. CDI, Rapport sur les travaux de sa 46ème session, *Annuaire...1994*, vol. 11, Partie 2, Commentaire de l'article 20, para. 4) du commentaire, p. 40 : le Statut n'a pas pour « pour fonction de définir de nouveaux crimes, pas plus que d'établir une codification des crimes au regard du droit international général qui fasse autorité ».

24 v. notamment *infra*, paras. 21–23.

law' is often too vague »²⁵. Résultat d'une véritable opération d'intoxication menée par les pénalistes, avec l'appui non dénué d'arrière-pensées des États-Unis, l'argument est irrecevable.

Comme l'a impeccablement démontré le professeur Condorelli, il s'agit là d'une conception « fondamentalement incorrecte (...) puisqu'elle se base sur une mauvaise compréhension de la signification exacte du principe en question », qui « n'implique nullement qu'en l'absence d'une disposition détaillée de droit international, définissant comme crime international un comportement très précisément identifié, la répression ne pourrait pas être légitimement exercée, que ce soit par un tribunal international ou par le juge national ». « [P]our que le principe *nullum crimen* soit scrupuleusement observé, il n'est absolument pas nécessaire que la norme internationale prévoyant et/ou organisant la répression du crime définisse jusqu'au dernier détail la *figura criminis* et la peine à appliquer. Il suffit de constater, dans ce but, que l'auteur de l'acte en question était bien soumis, lors du *tempus delicti*, à des normes juridiques claires et accessibles – qu'elles soient internes et/ou internationales – établissant *ante factum* une telle définition »²⁶. Or, il ne peut faire de doute que, dans l'ordre juridique interne de toutes les « nations civilisées », les crimes à l'égard desquels la Cour a compétence sont considérés comme tels ; « [d]e ce seul fait, le principe *nullum crimen* est parfaitement respecté, que l'auteur soit soumis à la répression dans son propre pays ou dans n'importe quel autre pays, ou encore au plan international »²⁷.

En cédant aux *diktats* américains, en ne faisant pas confiance aux Juges pour interpréter et appliquer la loi internationale telle qu'elle est, et telle qu'elle évolue, en figeant celle-ci dans un texte parfois audacieux mais souvent étriqué et régressif, les auteurs du Statut ont limité les chances de faire de la Cour un instrument efficace de lutte contre les crimes qu'elle a pour mission de réprimer, « les crimes les plus graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale » : l'imagination criminelle des hommes semble, malheureusement, sans limites et, en enfermant les définitions des infractions dans des formulations étroites et vétilleuses, ils ont, par avance, interdit aux Juges de réprimer

25 C.L. Blakesley, 'Comparing the *Ad Hoc* Tribunal for Crimes Against Humanitarian Law in the Former Yugoslavia & the Project for an International Criminal Court Prepared by the International Law Commission', 1996 *International Review of Penal Law*, n.1, p. 146 ; v. aussi, M.C. Bassiouni et C.L. Blakesley, 'The Need for an International Criminal Court in the New International World Order', 25 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, n. 2, pp. 175-176 ou J. Verhoeven, 'Article 21' *cit.*, p. 22.

26 L. Condorelli, 'Présentation de la IIème partie', in H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet (eds), *Droit international pénal*, *cit.*, note 16, p. 246.

27 *Ibid.*

les prochaines inventions maléfiques de l'esprit humain – d'autant plus, et c'est sans doute la plus grave des critiques que l'on puisse adresser au Statut, qu'ils en ont pratiquement exclu toute possibilité réaliste d'amendement²⁸. Au demeurant, force est de se rallier au constat sage – ou désabusé ? – de la dédicataire de ces lignes qui rappelait, à propos, justement de la Cour pénale, que, « si on ne veut pas naviguer dans la pure utopie, on doit prendre acte du fait que dans les relations interétatiques les intérêts humanitaires ne peuvent qu'être filtrés par les gouvernements : la souveraineté étatique, en dépit de tant de discours sur sa prétendue érosion, est une réalité jouissant – malheureusement ou peut-être heureusement – d'une très bonne santé. Et le processus de formation des normes internationales ne peut pas faire abstraction de cette réalité »²⁹.

ii) Les « éléments des crimes »

Les « éléments des crimes » aggravent ces inconvénients. Aux termes de l'article 21 du Statut, « la Cour applique en premier lieu », outre le Statut, « les éléments des crimes » prévus par l'article 9.

Introduite dans le Statut à la toute dernière minute suite à l'insistance des États-Unis³⁰, cette disposition constitue l'une des concessions, regrettables, faites à ce pays par la majorité des États participant à la Conférence de Rome « dans un effort de préserver le dialogue avec les Américains et d'éviter que leur opposition au Statut se transformât, après la Conférence, en 'opposition active' à la Cour, c'est-à-dire en véritable campagne de dénigrement de l'institution »³¹.

Selon ses promoteurs, les éléments des crimes seraient de nature à « give teeth to the concept of *nullum crimen sine lege* »³². « This reflects a most extreme and distorted interpretation of the scope of the rule »³³.

28 v. les articles 121 et 123.

29 F. Lattanzi, 'Compétence de la Cour' *cit.*, p. 425.

30 La notion d'éléments des crimes, pourtant introduite par les États-Unis durant la dernière session du Comité préparatoire en mars 1998 n'apparaît pas dans le projet de Statut établi par celui-ci (Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, A/CONF.183/2/Add.1, 14 avril 1998).

31 Mauro Politi, 'Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale : Le point de vue d'un négociateur', 103 *Revue générale de droit international public* (1999), n. 4, p. 845.

32 US Reference Paper : Elements of Offenses for the International Criminal Court, soumis à la Commission préparatoire, 27 mars 1998, cité par M. McAuliffe deGuzman, 'Commentary of Article 21', in O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of The International Criminal Court – Observers' Notes, Article by Article*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2nd edn, 2008, p. 705, note 26.

33 W. Schabas, 'Follow up to Rome' *cit.*, p. 163.

Il va de soi que les raisons qui conduisent à critiquer les détails excessifs dans lesquels entrent les définitions statutaires des crimes³⁴ militent davantage encore à l'encontre de l'introduction du concept d'élément de crimes dans le droit international pénal. « The approach seems derived from United States federal criminal legislation, which is obsessively codified and contains detailed definitions of offenses. The concept was quite strange for most delegations, whose legal systems have functioned well enough without such detailed 'elements'. They trust their judges to understand terms like 'murder' and 'robbery' without too much need of elaboration or legislative instruction »³⁵. On peut faire la même remarque s'agissant des Tribunaux *ad hoc* : leurs Juges s'accommodent fort bien de l'absence de définition des éléments des crimes dans le droit qu'il leur revient d'appliquer ; ils les dégagent au fur et à mesure des besoins, dans l'exercice de leur fonction naturelle d'*application* de leur Statut respectif³⁶ alors que les éléments des crimes « se présentent comme l'adversaire de la flexibilité »³⁷.

Les projets successifs d'éléments des crimes présentés par les États-Unis³⁸ dévoilent probablement leurs véritables intentions. Il s'agissait non seulement

34 v. *supra* paras. 11–15.

35 W. Shabas, 'Follow up to Rome' *cit.*, p. 163.

36 v. Sean D. Murphy, 'Progress and Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia', 1999 *American Journal of International Law* (1999), n. 1, pp. 87–88 ; M.C. Bassiouni, 'The Sources and Content of International Criminal Law : a Theoretical Framework', in K. Koufa (ed.), *The New International Criminal Law : 2001 International Law Session*, Athènes, Sakkoulas, 2003, pp. 19–27 ; G. Boas and W.A. Schabas (eds), *International Criminal Law Developments in the Case Law of the ICTY*, Leiden, Nijhoff, 2003, pp. xxxiv–309 ; E. David, 'The Contribution of International Tribunals to the Development of International Criminal Law', in M. Lattimer and P. Sands (eds), *Justice for Crimes Against Humanity*, Oxford, Hart Publishing, 2003, pp. 31–45 ; I. Bantekas, 'Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal Humanitarian Law', 6 *International Criminal Law Review* (2006), n.1, pp. 121–136 ; W. Schabas, *The UN International Criminal Tribunals, The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, Cambridge, CUP, 2006, pp. LIV–711 ; F. Pocar, 'Completion or Continuation Strategy ? Appraising Problems and Possible Developments in Building the Legacy of the ICTY', 6 *Journal of International Criminal Justice* (2008), n.4, pp. 655–665 ; C. Staker, 'Interpretative Methodologies and the Use of Precedent in Cases before International Criminal Courts', in K.A.A. Khan, C. Buisman and C. Gosnell (eds), *Principles of Evidence in International Criminal Justice*, Oxford, OUP, 2010, pp. 185–213.

37 L. Burgogue, 'Les sources du droit international pénal' *cit.*, p. 380.

38 v. « Proposal submitted by the United States of America, Annex on Definitional Elements for Part Two – Crimes », A/CONF.183/C.1/L.10 ; « Proposal submitted by the United States of America – Draft Elements of Crimes », PCNICC/1999/DP.4 et Add. 1 to 3 ; voir aussi

de brider la liberté d'interprétation des Juges dans la mise en œuvre des articles 6 à 8 du Statut, ce qui est, en soi, discutable, mais aussi et surtout de limiter encore la portée de ces dispositions, particulièrement en matière de crimes de guerre³⁹, ce qui l'est davantage encore.

À nouveau, et plus encore que s'agissant des définitions statutaires elles-mêmes, celle-ci revient à témoigner une grande défiance à l'encontre des Juges, dont on semble douter qu'ils soient capables de considérer à leur propre initiative que le crime contre l'humanité d'esclavage sexuel suppose que « [l]'auteur a contraint ladite ou lesdites personnes à accomplir un acte ou plusieurs actes de nature sexuelle » ou que l'auteur d'une attaque contre des personnes civiles « a dirigé une attaque ». C'est confondre « La Palissade » et réglementation juridique !

Il reste que, dans son jugement du 7 mars 2014 dans l'affaire *Germain Katanga*, la chambre de première instance de la C.P.I. a considéré que, « pour la compétence matérielle, [les Éléments des crimes] doivent être considérés comme des textes fondateurs »⁴⁰.

iii) Le Règlement de procédure et de preuve

À un degré moindre, le Règlement de procédure et de preuve (ci-après RPP) témoigne de la même méfiance à l'égard de la Cour tant par ses modalités d'élaboration et d'adoption que du fait de ses relations complexes avec le Statut⁴¹.

Une première chose saute aux yeux : le Statut fourmille de renvois au Règlement. Une note du Secrétariat de la Commission préparatoire en date du 26 janvier 1999 ne recense pas moins de 31 articles faisant expressément référence, souvent à plusieurs reprises, au RPP⁴². Mais le « Statut » lui-même est, substantiellement, de nature hybride : statut, certes, mais aussi, largement, règlement de procédure. Et si, comme on l'a écrit, « [t]he 'grey zone' between Statute and Rules, between the 'basic' and the 'subsidiary', was given ongoing

les propositions de l'Espagne (PCNICC/1999/DP.9 et Add. 1 et 2) et le document du CICR reproduit dans PCNICC/1999/WGEC/INF.1 sur les éléments des crimes relatifs aux violations graves des Conventions de Genève de 1949.

39 Selon W. Schabas : "In reality, the principal motivation for the Elements is to limit the scope of war crimes and thereby protect States and their armed forces" ('Follow up to Rome' *cit.*, p. 163).

40 CPI, Chambre de première instance II, 7 mars 2014, *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-3436, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, paras. 40–41.

41 Dans la présente contribution, le RPP est analysé exclusivement en tant que source du droit applicable à l'exclusion de son contenu.

42 Il s'agit des articles 15, 21, 31, 39, 41, 46, 47, 50 à 52, 57, 64, 68 à 72, 76 à 78, 81, 82, 84, 85, 87, 92, 93, 103 110 et 112.

attention as delegates negotiated the attribution of subjects to each category»⁴³, le « *basic* » (ou ce que l'on a considéré comme tel) a, progressivement, pris une ampleur démesurée par rapport au « *subsidiary* ».

Il en résulte une grande rigidité des dispositions statutaires de nature procédurale qui eussent pu, cependant, trouver place dans le Règlement. Sans doute, certaines de ces dispositions peuvent-elles être amendées selon la procédure souple de l'article 122 ; mais, outre que cette souplesse est très relative, cette « petite révision », qui est loin de permettre l'adaptation rapide de l'ensemble des règles procédurales si, à l'usage, celle-ci se révèle nécessaire, ne concerne qu'un nombre très limité d'articles⁴⁴ ; tous les autres ne peuvent être modifiés que conformément aux règles des articles 121 ou 123, qui imposent le seuil, incroyablement élevé, d'une ratification des modifications par sept-huitièmes des États parties.

Ceci ne laisse pas d'être quelque peu préoccupant à la lumière du précédent constitué par le TPIY, dont le RPP a été modifié à 49 reprises entre 1994 et 2014. S'il est vrai que les rédacteurs du Statut de Rome (et du RPP de la C.P.I.) ont pu bénéficier de l'expérience acquise précisément par les, et grâce aux, Tribunaux *ad hoc*, la pratique de ceux-ci n'en montre pas moins à quel point les Juges ont ressenti « un constant besoin d'adaptation »⁴⁵, que la C.P.I. devrait éprouver tout autant et, probablement, à une plus large échelle étant donnée l'étendue spatiale, temporelle et matérielle de sa compétence. Or non seulement la procédure est très largement encadrée par le Statut (c'est-à-dire, en fait, fixée *ne varietur* dans cette importante mesure), mais encore le RPP lui-même – qui ne compte pas moins de 225 Règles⁴⁶) échappe à la compétence des Juges, conformément, il est vrai, aux traditions juridiques internes de la plupart des pays, mais en contradiction avec la pratique internationale habituelle⁴⁷ – autre « victoire » de l'approche pénaliste sur la vision internationaliste.

43 B. Broomhall, 'Commentary of Article 51', in O. Triffterer (ed.), *Commentary cit.*, p. 681.

44 Seuls peuvent être adoptés en vertu de l'article 122 des « amendements aux dispositions du (...) Statut de caractère exclusivement institutionnel, à savoir les articles 35, 36, paragraphes 8 et 9, 37, 38, 39, paragraphes 1 (deux premières phrases), 2 et 4, 42, paragraphes 4 à 9, 43, paragraphes 2 et 3, 44, 46, 47 et 49 ».

45 H. Ascensio, in H. Ascensio, E. Decaux et A. Pellet (eds), *Droit international pénal cit.* p. 797 ; v. aussi les très intéressantes considérations développées par J. de Hemptinne, 'Le rôle judiciaire du juge pénal international', *ibid.*, pp. 927-933, en particulier pp. 929-930.

46 Le RPP du TPIY en compte près de moitié moins ; mais le Code français de procédure pénale comporte 934 articles.

47 Sans même parler des juridictions interétatiques (cf. l'article 30, para. 1, du Statut de la CIJ) ou compétentes en matière de droits de l'homme (cf. l'article 26 (d) de la Convention européenne des droits de l'homme tel qu'amendé par le 11ème Protocole), tous les tribunaux

Malgré la lourdeur des procédures d'amendement⁴⁸, le RPP a fait l'objet à ce jour (août 2014) de trois amendements⁴⁹. Il en va de même du Règlement de la Cour qui concerne le fonctionnement quotidien de l'institution et qui a été modifié à trois reprises, les amendements de 2007 et 2011⁵⁰ portant sur un très grand nombre de dispositions d'importance inégale.

iv) La jurisprudence de la Cour

L'article 21 du Statut est passablement ambigu s'agissant du rôle que pourrait jouer la jurisprudence dans la Cour dans ses décisions futures. Il y fait allusion à deux reprises.

Le paragraphe 1 (c) enjoint à la Cour d'appliquer « les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde ». Cette mention ne confère pas à la jurisprudence de la Cour le caractère d'une source de droit ; elle met seulement en évidence son rôle éminent dans la formulation des principes généraux de droit⁵¹.

Le paragraphe 2 est plus troublant. Il autorise la Cour⁵² à appliquer « les principes et règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures », ce qui, à vrai dire, paraît relever de l'évidence. Il faut sans doute voir dans cette disposition le reflet d'un compromis entre, d'une part, les partisans de la règle du *stare decisis* conformément à l'approche de la *common law*, et, d'autre part, les tenants de la conception civiliste pour lesquels les précédents n'ont pas force obligatoire. Mais ce compromis penche nettement dans le sens

pénéaux antérieurs s'étaient vu reconnaître compétence pour établir leur propre RPP (cf. l'article 13 du Statut du Tribunal de Nuremberg ou l'article 15 du Statut du TPIY).

48 Les paragraphes 1 et 2 de l'article 51 du Statut donnent à l'Assemblée des États Parties le pouvoir d'élaborer et de modifier le RPP à la majorité des deux tiers de ses membres. Les juges n'ont que le pouvoir d'une part de proposer des amendements (à la majorité absolue) et, d'autre part, d'en adopter certains à titre provisoire, « dans les cas urgents où la situation particulière portée devant la Cour n'est pas prévue » et à la majorité des deux-tiers (Article 51(3) du Statut).

49 En 2011 (modification des règles 4 et 4 *bis* respectivement sur les sessions plénières et la présidence – v. Résolution ICC-ASP/10/Res.1, 20 décembre 2011), en 2012 (modification de la règle 132 *bis* sur la désignation d'un juge pour la préparation d'un procès – v. Résolution ICC-ASP/11/Res.2, 21 novembre 2012) et en 2013 (modification des règles 68 sur les témoignages préalablement enregistrés, 100 sur le lieu où se déroule le procès et 134 sur la présence des accusés à l'audience – v. Résolution ICC-ASP/12/Res.7, 27 novembre 2013).

50 Ceux de 2005 ne concernent que le texte français.

51 À vrai dire, il serait préférable, dans ce cas, de parler en français de « principes généraux de droit », à l'instar de ce que fait l'article 38, para. 1.c) du Statut de la CIJ Ceci est sans incidence en anglais.

52 « La Cour peut appliquer... » (« *The Court may apply...* »).

des seconds puisque la Cour « peut » (« *may* ») reproduire les solutions retenues dans ses décisions antérieures mais n'y est pas *tenue*. Malgré ce que l'on a pu écrire⁵³, cette disposition ne remet pas en cause le principe de l'effet relatif de la chose jugée et ne s'écarte guère, dans son principe, de celui qui est posé à l'article 38, paragraphe 1 (d), du Statut de la C.I.J. selon lequel la jurisprudence constitue un « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

En l'absence de toute disposition expresse de son Statut, dans son jugement *Kupreškić* du 14 janvier 2000, le TPIY a considéré que, « [d]e toute évidence, le précédent judiciaire n'est pas une source distincte du droit international pénal. [...] Ainsi, on peut dire que la maxime du code justinien selon laquelle les juridictions doivent décider en se fondant sur la force du droit et non sur celle des précédents (*non exemplis, sed legibus iudicandum est*) s'applique au Tribunal comme aux autres juridictions pénales internationales »⁵⁴.

S'agissant de la CPI, la Juge unique de la Chambre préliminaire I dans l'affaire relative à la *Situation en République Démocratique du Congo* a rappelé « that she is not required, pursuant to article 21(2) of the Statute, to apply the principles and rules of law as interpreted in previous decisions »⁵⁵. *A fortiori*, la Cour n'est pas liée par la jurisprudence d'autres juridictions pénales internationales, y compris celle des tribunaux *ad hoc*. Et même si elle peut évidemment, les « prendre en considération », ces jurisprudences « ne peuvent en soi former une base suffisante » aux décisions de la Cour⁵⁶.

53 M. McAuliffe deGuzman, 'Commentary of Article 21' *cit.*, p. 711.

54 v. IT-95-16-T, para. 540. v. aussi TSSL, Chambre de première instance, 25 février 2009, *Issa Hassan Sesay, Morris Kallon & Augustine Gbao*, jugement, 04-15-T, para. 295. Pour la mise en œuvre de ce principe, v. par exemple l'arrêt de la Chambre d'appel dans l'affaire *Furundzija*, qui se réfère à sept reprises à la jurisprudence antérieure du Tribunal (IT-95-17/1, 21 juillet 2000, paras. 99, 119, 123, 153, 173, 178 et 179). v. aussi Chambre de première instance I, jugement, 3 avril 2008, *Le Procureur c. Ramush Haradinaj et al.*, IT-04-84-T, notamment paras. 13, 19-20, 29 et 32-60 ou Chambre d'appel, arrêt, 23 janvier 2014, *Le Procureur c. Šainović et al.*, IT-05-87-A, dans lequel la Chambre d'appel se réfère une centaine de fois à la jurisprudence du Tribunal.

55 CPI, Chambre préliminaire I, 4 septembre 2008, *Situation en République Démocratique du Congo*, ICC-01/04-535, Decision on the OPCD's request for leave to appeal the 3 July 2008 Decision on applications for participation, para. 20. v. aussi Chambre préliminaire II, 10 août 2007, *Le Procureur c. Joseph Kony*, ICC-02/04, Décision relative aux demandes de participation des victimes, para. 5.

56 CPI, Chambre préliminaire II, 28 octobre 2005, *Situation en Ouganda*, ICC-02/04-01/05, Décision relative à la position du Procureur sur la Décision de la Chambre préliminaire II d'expurger les descriptions factuelles des crimes dans les mandats d'arrêt, demande de réexamen et demande d'éclaircissements, para. 19. Pour un exemple de mise en œuvre, v. v. CPI, Chambre de première instance I, 30 novembre 2007, *Le Procureur c. Thomas*

b) Les sources générales du droit applicable

Ne pouvant espérer régler d'avance tous les problèmes, pour éviter tout risque de *non liquet*, l'article 21 du Statut de Rome invite la C.P.I. à appliquer, « selon qu'il convient » :

- « les traités applicables » et
- « les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés » ; et
- « [à] défaut » (« [*f*]ailing that »),
- les principes généraux du droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, y compris, selon qu'il convient, les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime ».

i) Les traités applicables

Non sans précaution (« en second lieu ») (« *in the second place* ») et « selon qu'il convient » (« *where appropriate* »), l'alinéa (b) de l'article 21, paragraphe 1, du Statut invite la Cour à recourir aux « traités applicables » (autres, donc, que le Statut lui-même, visé à l'alinéa (a) de la même disposition), sans donner aucune précision sur les instruments dont il s'agit.

Cette mention des traités applicables peut sembler curieuse dans le texte du Statut puisque la compétence de la C.P.I. est limitée aux seuls crimes qui y sont définis. Elle n'en a pas moins été acquise sans difficulté et figurait, sous sa rédaction actuelle et sans crochets, dans le projet annexé au Rapport final du Comité préparatoire du Statut de Rome en 1998⁵⁷, et ne semble avoir été remise en question par aucune délégation au cours de la Conférence. Il n'est pas pour autant certain qu'elle soit indispensable, ni même utile.

Il paraît, en effet, bien difficile d'imaginer une situation dans laquelle la Cour devrait appliquer un traité autre que son Statut, sauf à envisager que deux ou plusieurs États s'entendent pour lui conférer une compétence spéciale ou lui imposer l'application de principes particuliers⁵⁸. Encore est-il plus que

Lubanga Dyilo, Décision relative aux pratiques employées pour préparer et familiariser les témoins avant qu'ils ne déposent au procès, para. 44. Voir aussi C. Callejon, 'Article 21' in J. Fernandez, X. Paeau (eds), *Commentaire du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article.*, Paris, Pedone, 2012, p. 771.

57 Article 20, para. 1(b) ; A/CONF.183/2/Add.1, 14 avril 1998, p. 47.

58 M.C. Bassiouni estime qu'il résulte de l'article 10 du Statut de Rome que « [t]oute disposition du Statut qui entre en conflit ou qui n'est pas compatible avec le droit international est subordonnée à ce dernier » (*Introduction au droit pénal international*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 231 ; v. aussi pp. 232-233 et, du même auteur, *Introduction to Interna-*

douteux que la Cour, dont la compétence est d'attribution⁵⁹, doive, et même puisse, appliquer de tels accords.⁶⁰

Il y a cependant une exception à ce principe général⁶¹. Celle-ci est la conséquence de la rédaction – malheureuse – de l'article 8, paragraphe 2 (a), du Statut, qui définit les crimes de guerre comme signifiant notamment « infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949 ». Cette disposition reprend du reste les termes de l'article 2 du Statut du TPIY⁶² qui ont conduit ce Tribunal à appliquer directement ces instruments, par exemple pour déterminer la nature de la propriété protégée dans le cadre de l'article 2 de son Statut⁶³ ou la qualité de personne protégée⁶⁴. On peut le regretter à maints points de vue.

En premier lieu, l'article 8, paragraphe 2 (a), comme, du reste, les dispositions correspondantes des Statuts du TPIY et du TPIR, constitue une ré-écriture de l'article 3 commun aux Conventions de Genève et la Cour pourrait se trouver embarrassée si ces divergences de rédaction se révélaient conduire à des so-

tional Criminal Law: Second Revised Edition, Nijhoff, Leiden-Boston, 2013, p. 657). Outre que cette proposition se heurte à des objections logiques (v. *infra*), elle est démentie par le texte même de l'article qui ne concerne que « les règles du droit international (...) qui visent d'autres fins que le présent Statut » (en ce sens : A. Cassese, *International Criminal Law*, 2nd edn, OUP, Oxford, 2008, p. 14).

59 Cf. les articles 1 et 5 du Statut.

60 Cette position est cependant contredite par celle adoptée par la Chambre d'appel du TPIY dans l'affaire *Tadić*. Prenant appui sur les déclarations faites par trois États (États-Unis, Royaume-Uni et France) lors de l'adoption du Statut du Tribunal par le Conseil de sécurité (voir S/PV.3217, 25 mai 1993), le Tribunal conclut que le Statut n'exclut pas l'application d'accords internationaux liant les Parties au moment du crime présumé, à condition qu'il n'y ait pas de conflit avec une norme impérative du droit international (2 octobre 1995, IT-94-1-AR72, paras. 143–144) ; v. aussi *Kupreškić*, cit. *supra* note 22, para. 536 : dans cette affaire, la Chambre estime, *ex abundanti cautela*, que les Protocoles I et II de 1977 sont applicables par elles dans les circonstances de l'affaire, puisque, « [e]n 1993, la Croatie et la Bosnie-Herzégovine avaient toutes deux ratifié les Protocoles additionnels I et II... ». Cette conception, qui ouvre la voie à une compétence « à la carte », est extrêmement discutable.

61 Sur l'utilisation très particulière des traités de droits de l'homme par les Tribunaux *ad hoc*, v. cependant *infra*.

62 Et de l'article 4 du Statut du TPIR.

63 Chambre de première instance II, 13 septembre 1996, *Rajić*, IT-95-12-R61, *Examen de l'acte d'accusation conformément à l'article 61 du Règlement de procédure et de preuve*, paras. 38 et seq. (référence à l'article 53 de la 4^{ème} Convention de Genève).

64 Chambre de première instance, 16 novembre 1998, *Celibici (Delalic et autres)*, IT-96-21-T, jugement, para. 271 (application de l'article 4 de la Convention IV). v. aussi Chambre d'appel, 17 décembre 2004, *Dario Kordić et Mario Cerkez*, IT-95-14/2-A, arrêt, paras. 328–331.

lutions différentes selon qu'elle appliquerait son Statut ou les Conventions⁶⁵. En deuxième lieu, la mention expresse des Conventions de 1949 n'en fait que davantage ressortir l'absence de la référence aux Protocoles de 1977, alors que certaines de leurs dispositions énoncent des règles tout aussi bien établies et, dans certains cas, plus nécessaires encore dans le cadre des conflits contemporains. En troisième lieu et surtout, loin de constituer un progrès, cette référence expresse aux Conventions de la Croix-Rouge est une régression par rapport aux Statuts des Tribunaux militaires internationaux de Londres et de Tokyo, qui ne renvoyaient à aucun texte particulier : en « conventionnalisant » l'incrimination, on donne l'impression, fautive, que la poursuite des criminels dépend de la ratification du traité en cause et le caractère universel du crime et sa définition coutumière s'en trouvent affaiblis⁶⁶.

ii) Les principes et règles du droit international

L'article 21, para. 1 (b), du Statut de Rome invite la Cour à appliquer, dans les mêmes conditions que les traités, c'est-à-dire « en second lieu » et « selon qu'il convient », « les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés ». Cette mention est certainement moins inappropriée que celle des traités.

La rédaction, un peu sibylline, de cette disposition n'en est pas moins source de quelque perplexité : pourquoi avoir utilisé une formule aussi contournée, quand une mention de la coutume internationale eût suffi ? Pourquoi avoir visé « les principes et règles », alors qu'ils sont placés sur le même pied ? Pourquoi, surtout, avoir fait un sort spécial aux « principes [pas les règles ?] établis du droit international des conflits armés », dont on ne saurait douter qu'ils font partie des « principes du droit international » ? En outre, l'articulation de cette référence avec les « principes et règles du droit international » – comme d'ailleurs, avec celle que fait l'alinéa suivant au « droit international et [aux] règles et normes internationales reconnues » – ne va pas sans poser problème⁶⁷.

65 Il est vrai que la priorité des dispositions statutaires n'est pas douteuse (v. para. 2 a) *infra*).

66 En outre, ceci est un aveu d'échec du mécanisme de contrôle institué par les Conventions de Genève (cf. les articles 143 et suivants de la Convention IV), auquel on devrait s'efforcer de redonner vie plutôt que de les remplacer subrepticement. Pour une critique comparable de l'article 2 du Statut du TPIY, v. A. Pellet, 'Le Tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie – Poudre aux yeux ou avancée décisive ?', 98 *Revue générale de droit international public* (1994), pp. 34–37.

67 M.C. Bassiouni, président du Comité de rédaction lors de la Conférence de Rome, explique à ce sujet que « [l']article 21 aurait dû être combiné à l'article 10 mais il ne l'a pas été parce que le chapitre II du Statut contenant l'article 10 n'a pas été soumis au Comité de rédaction mais transmis directement au Comité plénier » (Introduction au droit

Les travaux préparatoires, dans la mesure où ils sont accessibles, ne donnent aucune indication claire sur les réponses à apporter à ces questions ; d'autant moins que l'article 21 dans son ensemble n'a guère retenu l'attention des négociateurs. Peut-être faut-il d'ailleurs se garder d'attacher à la lettre de l'alinéa (b) de l'article 21, paragraphe 1, du Statut une importance qu'elle n'a pas. En réalité, il ne fait guère de doute que cette disposition vise, et vise exclusivement, le droit international coutumier, dont les « principes établis du droit international des conflits armés » font indiscutablement partie intégrante.

Et si le mot « coutume » en a été exclu, c'est, très probablement, parce que les pénalistes, dont l'influence est allée croissante durant les travaux d'élaboration du Statut, s'y sont opposés, au nom d'une conception erronée du principe de la légalité des délits et des peines⁶⁸. Ainsi, selon le professeur Blakesley : « Essentially, the problem is that the elements of the offenses arising out of 'general international law' are often too vague. Their definition does not provide the elements required by international criminal and human rights law »⁶⁹. Cette vision, profondément conservatrice et « *State-oriented* »⁷⁰, n'a cependant exercé qu'une influence purement « terminologique » tant il était évidemment indispensable que les Juges, en cas de silence du Statut, puissent se tourner vers « la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit »⁷¹.

Il ne fait d'ailleurs guère de doute que la Cour eût, assurément, été en droit de s'y référer même en l'absence d'un texte exprès⁷². Telle est du reste la ferme pratique des Tribunaux pénaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda. Comme l'a expliqué le TPIY : « [e]n effet, dès que le Statut ne résout pas une question spécifique [...], il appartient au Tribunal international de faire appel i) aux règles de droit international coutumier ... »⁷³. Ainsi par exemple,

pénal international *cit.*, p. 232, note 6 ; v. aussi, du même auteur : 'Negotiating the Treaty of Rome on the Establishment of an International Criminal Court', *Cornell International Law Journal* (1999), p. 443).

68 v. *supra*.

69 Ch. L. Blakesley, 'Comparing the *Ad hoc* Tribunal for Crimes Against Humanitarian Law in the Former Yugoslavia & the Project for an International Criminal Court Prepared by the International Law Commission', 1996 *International Review of Penal Law*, p. 148.

70 v. *supra*.

71 Article 38, para. 1 (b) du Statut de la CIJ.

72 Curieusement, le paragraphe 3 de l'article 31 (« Motifs d'exonération de la responsabilité pénale ») autorise également expressément la Cour à « prendre en considération un motif d'exonération autre que ceux qui sont prévus au paragraphe 1, si ce motif découle du droit applicable indiqué à l'article 21 ».

73 Kupreškić, *cit. supra*, note 22, para. 591.

dans l'affaire *Tadić*, le TPIY a dégagé de la pratique les principales règles coutumières de droit international qui régissent les conflits armés internes⁷⁴ et, dans l'affaire *Kupreškić*, il s'est fondé sur l'existence d'une règle coutumière prohibant les représailles contre les personnes civiles dont, très classiquement, il a établi l'existence en décrivant successivement la pratique et l'*opinio juris*⁷⁵.

iii) Les principes généraux du droit

Il en va différemment des principes généraux du droit mentionnés à l'alinéa (c) du paragraphe 1 de l'article 21 du Statut.

Il n'est pas exact que leur inclusion comme source de droit distincte des principes de droit international mentionnés à l'alinéa précédent « *gives rise to some confusion* »⁷⁶. Il s'agit là de deux sources distinctes du droit international public : alors que ces derniers sont des normes coutumières, couvertes par l'alinéa (b) de l'article 38, paragraphe 1, du Statut de la Cour internationale de Justice, les « principes généraux du droit » constituent la « troisième source » visée à l'alinéa (c) de cette même disposition sous le nom de « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées »⁷⁷, qui constituent un mode de formation distinct des règles de droit international, dont il est généralement admis qu'ils constituent le fonds commun aux droits nationaux de l'ensemble des États⁷⁸. L'article 21 du Statut de Rome les définit du reste mieux et plus précisément que l'article 38 du Statut de la CIJ puisqu'il indique que ces principes sont « dégagés par la Cour à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde » ce qui a le mérite de dissiper

74 *Cit. supra* note 60, paras. 96–127.

75 *Cit. supra* note 22, paras. 521–535.

76 M. McAuliffe deGuzman, 'Commentary of Article 21' *cit.*, p. 440. *Contra* : S. Garibian, *Le crime contre l'humanité au regard des principes fondateurs de l'État moderne – Naissance et consécration d'un concept*, LGDJ-Bruylant-Schultess, Paris-Bruxelles-Genève, 2009, pp. 397–399.

77 L'expression « nations civilisées » est aujourd'hui obsolète : elle vise tous les États – quelque doute que l'on puisse avoir sur le caractère « civilisé » de certains d'entre eux... Dans sa traduction française, l'article 21(1)(c) du Statut donne à penser qu'il s'agirait d'une source différente de celle mentionnée à l'article 38(1)(c) du Statut de la CIJ puisqu'il y est question de « principes généraux du droit » alors que la Cour applique les « principes généraux de droit ». Le texte français est clairement erroné.

78 V.P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, Paris, LGDJ, 8th edd, 2009, pp. 380–386 ; B. Simma, A. Paulus, 'Le rôle relatif des différentes sources du droit international pénal (dont les principes généraux de droit)', in H. Ascencio, E. Decaux et A. Pellet (eds), *Droit international pénal cit.*, pp. 67–81 ou S. Garibian, *Le crime contre l'humanité cit.*, pp. 340–358.

toute incertitude quant à leur nature et de les différencier nettement des principes généraux du droit international.

Analysant l'article 21, paragraphe 1 (c), du Statut, la Chambre préliminaire I a considéré à juste titre, dans une décision du 13 mars 2008 rendue dans l'affaire *Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chu*, que, selon cette disposition,

la jurisprudence nationale ne peut constituer qu'une source subsidiaire du droit applicable devant la Cour, et ce, pour autant qu'elle établisse l'existence d'un principe général de droit pouvant être dégagé à partir 'des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde' et si ce principe n'est pas incompatible avec le Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues⁷⁹.

Faisant application de ces directives, dans sa Décision du 8 novembre 2006 relative à la préparation des témoins avant qu'ils ne déposent devant la Cour dans l'affaire *Thomas Lubanga*, la Chambre préliminaire I a constaté que l'Accusation n'affirmait pas que la pratique qu'elle invoquait en matière de récolement des témoins était « conforme à la procédure pénale congolaise » (para. 35). Elle a également fait observer que le droit applicable en la matière était « appréhendé de manière très différente d'un système national à l'autre » (para. 36) et que la pratique revendiquée par le Procureur « serait contraire à la déontologie ou à la loi dans nombre de pays aussi différents les uns des autres que le Brésil, l'Espagne, la France, la Belgique, l'Allemagne, l'Ecosse, le Ghana, l'Angleterre et le pays de Galles ou encore l'Australie, tandis que dans d'autres pays, en particulier aux Etats-Unis d'Amérique, la pratique du récolement de témoins de la manière proposée par l'Accusation est bien acceptée, voire parfois considérée comme relevant des bonnes pratiques professionnelles » (para. 37) :

Dans ce contexte, la Chambre estime qu'il convient d'accorder une attention particulière au traitement réservé à la pratique du récolement de témoins en Angleterre et du pays de Galles⁸⁰.

79 CPI, Chambre préliminaire I, 13 mars 2008, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-322, Décision levant l'interdiction des contacts et des communications entre Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, p. 12.

80 CPI, Chambre préliminaire I, 8 novembre 2006, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-679, Décision relative à la préparation des témoins avant qu'ils ne déposent devant la Cour, paras. 35-42.

Or, constate la Chambre, la pratique invoquée contreviendrait à ces principes.

Partant, la Chambre conclut que le second volet de la définition du récolement de témoins avancée par l'Accusation n'est reconnu par aucun principe général du droit pouvant être dégagé à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde. Bien au contraire, si un principe général de droit venait à être dégagé en la matière à partir des lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde, il insisterait sur l'obligation faite à l'Accusation de s'abstenir de récolement des témoins selon les modalités [proposées] (para. 42).

La Chambre de première instance I a confirmé cette manière de voir dans sa Décision du 30 novembre 2007 à propos de « la préparation de fond d'un témoin avant sa comparution »⁸¹.

Au demeurant, comme l'a relevé le TPIY, « les points de vue ou les approches judiciaires internes doivent être maniés avec la plus extrême prudence au plan international, de crainte de ne pouvoir tenir compte des caractéristiques uniques de la procédure pénale internationale »⁸². Le Statut de la C.P.I. prend également dûment en considération cet élément de définition en précisant que la Cour peut appliquer des principes généraux du droit « si ces principes

81 *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, 30 novembre 2007, *cit. supra* note 56, para. 41 : « la Cour a estimé que Bien que cette pratique soit admise dans une certaine mesure dans deux systèmes juridiques – relevant tous deux de la *common law* – cela ne suffit pas à conclure qu'il existe un principe général fondé sur une pratique établie dans des systèmes juridiques nationaux ». V. aussi dans la même affaire, Chambre d'appel, 13 juillet 2006, arrêt écartant une requête du Procureur aux fins de réexamen d'une décision d'une chambre préliminaire, faute de concordance des systèmes juridiques nationaux (paras. 26-31) ; *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, 13 mars 2008, *cit. supra* note 79, dans laquelle la juge unique écarte une demande du Procureur en relevant que : « l'analyse de la jurisprudence nationale faite dans la Requête de l'Accusation ne couvre en fait que deux systèmes nationaux » (p. 12).

82 Chambre d'appel, 29 octobre 1997, *Blaškić*, IT-95-14-AR108bis, para. 23. Dans l'affaire *Tadić*, la Chambre d'appel a estimé que l'obligation pour un tribunal d'être établi par la loi est un principe général de droit (*cit. supra* note 60, para. 42), mais a considéré qu'il n'était pas possible de le transposer purement et simplement dans la sphère internationale du fait de l'inexistence de toute séparation des pouvoirs dans la société internationale (para. 43). V.L. Gradoni, 'L'exploitation des principes généraux de droit dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux', in E. Fronza, S. Manacorda (eds), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc – Études des Law Clinics en droit pénal international*, Dalloz-Giuffrè, Paris-Milan, 2003, pp. 10-40.

ne sont pas incompatibles [...] avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues »⁸³.

L'article 21(1)(c) apporte cependant une précision supplémentaire à la définition des principes généraux du droit que la Cour est invitée à appliquer en spécifiant que les lois nationales représentant les différents systèmes juridiques du monde dont elle est appelée à dégager ces principes *incluent*, « les lois nationales des États sous la juridiction desquels tomberait normalement le crime ». Cette référence au droit national a été l'objet d'affrontements assez vifs lors des travaux préparatoires du Statut moins entre États de traditions juridiques différentes qu'entre ceux qui calaient leurs positions sur celles de la doctrine pénaliste et ceux qui étaient favorables à une approche plus « internationaliste »⁸⁴.

On peut certainement s'interroger sur le bien-fondé d'une telle mention : les principes généraux de droit doivent, par définition, être reçus dans les principaux systèmes juridiques du monde, sans égard à un État particulier⁸⁵. On peut cependant penser que les particularités du droit pénal et les exigences du principe *nullum crimen* justifient cette directive donnée à la Cour : puisque, de toutes manières, elle ne peut se livrer à une étude comparative détaillée des droits de tous les États du monde, il semble légitime qu'elle se tourne en priorité vers les systèmes juridiques avec lesquels l'accusé est familiarisé⁸⁶ – étant entendu qu'elle dispose d'un large pouvoir discrétionnaire à cet égard (« selon qu'il convient »)⁸⁷.

83 Autant le principe ainsi posé doit être approuvé, autant sa formulation prête le flanc à la critique : d'une part, l'introduction de la notion, curieuse, de « règles et normes » est fâcheuse (v. *supra*, note 67) ; d'autre part, cette rédaction laisse entendre que ces « règles et normes », pourtant « internationale[ment] reconnues » seraient distinctes du droit international, ce qui n'est à l'évidence pas exact.

84 Pour une description des travaux préparatoires sur ce point, v. M. Shaw, 'The International Criminal Court – Some Procedural and Evidential Issues', 3 *Journal of Armed Conflict* (1998), pp. 66–67.

85 Chambre d'appel, 7 octobre 1997, IT-96-22-A, para. 2. Pour une étude doctrinale poussée du rôle des principes généraux de droit dans le droit applicable par les juridictions internationales pénales, v. F.O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, thèse Amsterdam, 2007, pp. xxi-230, notamment pp. 156–169 en ce qui concerne la CPI.

86 Ce système n'est pas sans rappeler les directives figurant dans les articles 24 et 23 des Statuts respectifs du TPIY et du TPIR, qui invitent les Tribunaux *ad hoc* à avoir « recours à la grille générale des peines d'emprisonnement appliquée par les tribunaux » de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda.

87 En ce sens, v. M. McAuliffe deGuzman, 'Commentary of Article 21' *cit.*, p. 710.

La Chambre préliminaire I a fait une juste application de ces directives dans sa Décision de confirmation des charges du 29 janvier 2007 dans l'affaire *Thomas Lubanga* :

La Chambre observe (...) que selon l'article 21-1-c du Statut, elle doit appliquer, à défaut, les principes généraux de droit dégagés par la Cour à partir des lois nationales. Cela étant, elle estime que la Cour n'est pas liée par les décisions rendues par des juridictions nationales en matière d'administration de la preuve. En conséquence, le simple fait qu'une juridiction congolaise se soit prononcée sur l'illégalité de la perquisition et de la saisie conduites par les autorités nationales ne peut pas être considéré comme liant la Cour. C'est ce qui ressort clairement de l'article 69–8, aux termes duquel '[l]orsqu'elle se prononce sur la pertinence ou l'admissibilité d'éléments de preuve réunis par un État, la Cour ne se prononce pas sur l'application de la législation nationale de cet État'⁸⁸.

3 L'organisation ambigüe de la hiérarchie des normes applicables

Sous réserve de l'omission de la doctrine en tant que « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit », l'article 21 du Statut est, en définitive, très proche, dans ses lignes générales, de l'article 38 du Statut de la C.I.J., dont, tout en recourant à une terminologie en partie différente, il inclut en tout cas les trois sources que sont les traités, la coutume et les principes généraux de droit. Il s'en distingue cependant par un trait essentiel en ce sens qu'il organise, de façon relativement précise, la hiérarchie existant entre les différentes sources qu'il énumère⁸⁹.

L'article 21 du Statut de la C.P.I. donne en effet aux Juges des directives, apparemment claires, en ce qui concerne l'application des différentes sources du droit applicable qu'il énumère : le Statut occupe le sommet de la hiérarchie qu'il institue et les autres sources y sont placées dans des rapports hiérarchiques qui paraissent à la fois relativement simples et logiques. Cette clarté est trompeuse : à cette hiérarchie formelle entre les sources du droit applicable qu'il

88 CPI, Chambre préliminaire I, 29 janvier 2007, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC 01/04 01/06-803, Décision de confirmation des charges, para. 60.

89 *Contra* : S. Garibian, *Le crime contre l'humanité cit.*, qui pense qu'à l'image de l'article 38 du Statut de la CIJ, l'article 21 de celui de la CPI « n'instaure pas de hiérarchie mais plus simplement, un ordre exprès de prise en considération » (p. 393, note 1561 – italiques dans le texte) ; v. aussi A. Cassese, *International Criminal Law cit.*, p. 15.

énumère, s'en surimpose une autre, de nature substantielle, qui, elle, concerne directement les *normes* applicables : certaines sont supérieures à d'autres, non plus en raison de la source formelle dont elles sont issues, mais du fait de leur objet ou de leur contenu.

a) *La hiérarchie des sources du droit applicable*

Qu'il s'agisse du « droit propre » à la C.P.I. ou des sources du droit international général énumérées par l'article 21 du Statut, celui-ci est clairement placé au sommet de la « pyramide » des sources auxquelles cette disposition fait référence : « l'article 21 du Statut, intitulé 'droit applicable', consacre, à n'en pas douter, la primauté du texte fondateur que constitue le Statut de Rome sur les autres sources de droit énumérées dans cette disposition »⁹⁰.

Le paragraphe 1 de l'article 21 enjoint la Cour d'appliquer « (a) [e]n premier lieu, le présent Statut, les éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve », ces deux derniers éléments se trouvant en apparence placés sur un pied d'égalité avec le premier. Mais les articles 9, pour les éléments des crimes, et 51, pour le RPP, dissipent l'ambiguïté.

Aux termes du paragraphe 4 de l'article 51, « [l]e Règlement de procédure et de preuve, les amendements s'y rapportant et les règles provisoires sont conformes aux dispositions du présent Statut ». Quant au Règlement de la Cour, il ne peut être adopté que « conformément au présent Statut et au Règlement de procédure et de preuve ». En matière de procédure, l'équation est donc simple : Statut > RPP > Règlement de la Cour – et il va de soi que la Cour devrait interpréter le RPP et le Règlement d'une manière conforme au Statut et que si certaines se révèlent inconciliables avec les normes statutaires, ces dernières doivent prévaloir⁹¹.

Il en va de même s'agissant des éléments des crimes et des amendements s'y rapportant, dont l'article 9 (3) du Statut précise qu'ils « sont conformes au présent Statut ». Ceci a conduit la majorité des juges de la Chambre préliminaire I à estimer, dans la Décision du 4 mars 2009 relative à la requête de l'Accusation

90 CPI, Chambre de première instance II, 1 octobre 2013, *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07, Décision relative à la demande de mise en liberté des témoins détenus DRC-Do2-P-0236, DRC-Do2-P-0228 et DRC-Do2-P-0350, para. 29.

91 V. notamment CPI, Chambre préliminaire I, 17 janvier 2006, *Situation en République Démocratique du Congo*, ICC-01/04-101, Décision sur les demandes de participation à la procédure, para. 47 et Chambre d'appel, 13 février 2007, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-824, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Décision sur la demande de mise en liberté provisoire de Thomas Lubanga Dyilo », para. 43.

aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir,

que les Éléments des crimes et le Règlement sont d'application, à moins que la chambre compétente ne trouve une contradiction irréconciliable entre ces documents d'une part et le Statut d'autre part. Si tel était le cas, les dispositions du Statut devraient prévaloir⁹².

On peut d'ailleurs se demander si, les rapports entre les Statut et les éléments des crimes posent une question de hiérarchie des sources et pas, plutôt, des problèmes d'interprétation puisque les éléments des crimes sont destinés à « aide[r] la Cour à interpréter et appliquer les articles 6, 7 et 8 »⁹³.

Quant à la jurisprudence de la Cour⁹⁴, elle n'est également envisagée que comme un moyen subsidiaire à la disposition de la Cour, qui n'est pas tenue de l'appliquer⁹⁵. On peut donc considérer qu'elle se trouve, en quelque sorte, « hors hiérarchie » – et pour une bonne raison : bien qu'elle soit mentionnée dans l'article 21, elle n'est pas une source du droit applicable par la Cour⁹⁶.

L'article 21 organise également la supériorité du Statut par rapport aux autres sources du droit que la Cour doit appliquer. Ceci est attesté par l'énumération même des sources qui y sont mentionnées : « [e]n premier lieu », le Statut⁹⁷ ; « en second lieu », et seulement « selon qu'il convient », les traités et principes et règles du droit international ; et, « à défaut », les principes généraux du

92 CPI, Chambre préliminaire I, 4 mars 2009, *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC 02/05 01/09, Décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Ahmad Al Bashir, para. 128.

93 Pour une autre utilisation de l'expression « application et interprétation » du droit, v. le paragraphe 3 de l'article 21 lui-même – v. aussi *infra*. Le Statut ne donne aucune indication quant aux rapports hiérarchiques qui pourraient exister entre les éléments des crimes et les RPP – il est vrai que le problème est assez artificiel : les deux instruments portent sur des matières différentes.

94 La jurisprudence des autres cours et tribunaux est ignorée par l'article 21, alors qu'elle est couverte par l'expression générale utilisée à l'article 38 (1) (d) du Statut de la CIJ.

95 Cf. la différence de rédaction entre les paragraphes 2 (« La Cour peut appliquer ... ») et 1 (« La Cour applique ... ») de l'article 21. Telle est la position soutenue dans l'opinion dissidente de la Juge Usacka jointe à la Décision de la Chambre préliminaire I du 4 mars 2009, *cit. supra* note 92.

96 Sur ce point, v. *supra*.

97 Ainsi que les éléments des crimes (en admettant que l'on puisse les considérer comme une véritable source du droit applicable par la Cour) et les RPP, dont une interprétation textuelle de l'article 21 conduit à penser qu'ils bénéficient de la même supériorité que le Statut lui-même. Ceci est d'ailleurs justifié par l'adage *specialia generalibus derogant*.

droit – et seulement « [s'ils] ne sont pas incompatibles avec le présent Statut ni avec le droit international et les règles et normes internationales reconnues », ce qui est une autre façon, passablement redondante, de dire la même chose.

Cette hiérarchie explicite a été soulignée à plusieurs reprises par des chambres de la Cour et, récemment à nouveau, par la Chambre de première instance II, dans son jugement du 7 mars 2014 dans l'affaire *Germain Katanga* :

La Chambre tient à souligner que l'article 21 du Statut établit une hiérarchie des sources du droit applicable et que, dans toute décision qu'elle est appelée à rendre, elle se doit de faire application, 'en premier lieu', des dispositions pertinentes du Statut. Compte tenu de la hiérarchie ainsi instaurée, la Chambre n'appliquera dès lors les sources de droit subsidiaires prévues aux articles 21-1-b et 21-1-c du Statut que lorsqu'elle constatera qu'il existe un vide juridique dans les dispositions du Statut, des Éléments des crimes et du Règlement⁹⁸.

Cette énumération ordonnée et hiérarchisée ne résout pas tous les problèmes. Force est de constater, en particulier, que rien dans la rédaction de l'alinéa (b) de l'article 21 ne permet de donner une priorité aux traités ou aux normes coutumières. On retrouve ici la problématique classique du droit international général et il convient de rechercher la réponse dans les adages traditionnels qui permettent de départager des normes incompatibles en fonction de la date de leur formation et de leur degré de généralité.

Sous cette réserve, l'équation, parallèle à celle qui existe s'agissant du droit propre à la C.P.I.⁹⁹, ici encore, est claire : Statut > [traités = principes et règles du droit international] > principes généraux du/de droit.

Acte constitutif d'une organisation internationale¹⁰⁰, le Statut est un traité multilatéral qui « présente certaines caractéristiques spéciales »¹⁰¹ dont celle

98 *Cit. supra* note 40. v. aussi CPI, Chambre préliminaire II, 28 octobre 2005, *Situation en Ouganda*, ICC-02/04-01/05, Décision relative à la position du Procureur sur la Décision de la Chambre préliminaire II d'expurger les descriptions factuelles des crimes dans les mandats d'arrêt, demande de réexamen et demande d'éclaircissements, para. 19 ; *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, 30 novembre 2007, *cit. supra* note 57, para. 44 ; *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, 13 mars 2008, *cit. supra* note 79, p. 12. ; *Le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, *cit. supra* note 92, para. 126 ou *Le Procureur c. Germain Katanga*, 1 octobre 2013, *cit. supra* note 90, para. 29.

99 *v. supra*.

100 *v. supra*.

101 CIJ, avis consultatif, *Certaines dépenses des Nations Unies*, *Recueil* 1962, p. 157, v ; aussi *supra*, note 14.

de constituer la « norme suprême » d'un sujet du droit international doté d'une personnalité juridique propre. On a souvent parlé à cet égard de « constitution »¹⁰² ; même si l'analogie avec le droit interne est trompeuse à maints égards, elle n'en met pas moins, à juste titre, l'accent sur la supériorité du traité créant l'organisation, dont elle tient son existence même, sur toutes les autres sources de son droit propre. C'est d'ailleurs bien comme une « question de *constitutionnalité* » que la Chambre d'appel du TPIY a traité l'argument de l'appelant dans l'affaire *Tadić* selon lequel la création du Tribunal était contraire à la Charte des Nations Unies¹⁰³.

b) Une « super-lécité » internationale ?

Le paragraphe 3 de l'article 21 constitue certainement l'aspect le plus déroutant des règles fixées par le Statut en matière de droit applicable. Il semble en effet instituer (ou reconnaître ?), à côté de la hiérarchie des sources formelles organisée par le paragraphe 1, une hiérarchie entre les *normes* s'imposant à la Cour. Certaines règles s'y voient en effet conférer (ou reconnaître ?) une supériorité intrinsèque tenant non à leur source, mais à leur objet.

Aux termes de cette disposition, en effet, « [l']application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus », ce qui revient à dire que ceux-ci l'emportent sur toute autre règle applicable¹⁰⁴. Sans doute louable dans ses intentions, cette disposition, n'en pose pas moins de difficiles problèmes juridiques.

Et d'abord celui de la définition et de l'identification des « droits de l'homme internationalement reconnus » dont ni la ou les sources formelles ni la consistance ne sont autrement précisées par le Statut et qui ne correspondent pas

102 Un tel traité « sert de cadre constitutionnel » pour l'organisation qu'il crée (*Tadić*, *cit. supra* note 60, para. 28).

103 *Ibid.*, p. 21, paras. 26–48.

104 À moins que l'on interprète seulement l'article 21 (3) comme posant une règle d'interprétation (cf. M.H. Arsanjani, 'The Rome Statute of the International Criminal Court', 93 *American Journal of International Law* (1999), p. 18). Mais ce serait négliger le fait que le paragraphe 3 pose, expressément, une règle relative non seulement à l'interprétation, mais aussi à l'application du droit. v. toutefois, la position de la Chambre préliminaire I dans l'affaire *Lubanga* : « 2. La juge unique renvoie au principe général d'interprétation énoncé à l'article 21–3 du Statut, selon lequel l'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être compatibles avec les droits de l'homme internationalement reconnus » (15 mai 2006, décision relative au système définitif de divulgation et à l'établissement de l'échéancier, Annexe 1, para. 2).

non plus à une catégorie juridique consacrée. Il appartient donc à la CPI de la formaliser, ce qu'elle fait progressivement, et de façon parfois discutable¹⁰⁵.

À plusieurs reprises, des chambres de la Cour ont relevé qu'il leur appartenait d'interpréter l'article 21-3 du Statut, son étendue et sa portée¹⁰⁶. Et elles en ont tiré diverses conséquences en ce qui concerne :

- le droit à un procès équitable¹⁰⁷, y compris
- s'il conditionne la poursuite ou l'interruption de la procédure¹⁰⁸ ;

105 Sur l'identification des droits de l'homme internationalement reconnus, v. D. Sheppard, 'The International Criminal Court and "Internationally Recognized Human Rights": Understanding Article 21(3) of the Rome Statute', 10 *International Criminal Law Review* (2010), pp. 52-54 et 63-71 ; pour un plaidoyer en faveur d'une interprétation large de la notion, v. Philippe Currat, 'L'interprétation du Statut de Rome', 20 *Revue québécoise de droit international* (2007), n. 1, p. 158.

106 CPI, Chambre d'appel, 14 décembre 2006, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC 01/04 01/06, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision du 3 octobre 2006 relative à l'exception d'incompétence de la Cour soulevée par la Défense en vertu de l'article 19-2-a du Statut, para. 37 ; v. aussi le para. 36 et, dans la même affaire, Chambre d'appel, 13 juillet 2006, Arrêt relatif à la Requête du Procureur aux fins d'obtenir l'examen extraordinaire de la décision rendue le 31 mars 2006 par laquelle la Chambre préliminaire I rejetait une demande d'interjeter appel, para. 6 ; ou, toujours dans la même affaire, Chambre de première instance I, 14 mars 2012, jugement, para. 602.

107 *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, 14 décembre 2006, *ibid.*, para. 37 ; v. aussi CPI, Chambre d'appel, 12 septembre 2006, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC 01/04 01/06, Décision relative à la demande d'autorisation du Procureur de répondre aux conclusions de la Défense en réponse au mémoire d'appel du Procureur, opinion du Juge Pikis, paras. 3-4 et CPI, Chambre de première instance II, 4 juillet 2014, *Le Procureur c. Bosco Ntaganda*, ICC-01/04-02/06, Décision sur la "Requête de la Défense sollicitant l'autorisation d'interjeter appel de la Décision sur la confirmation des charges datée du 9 juin 2014", para. 11.

108 « S'il devenait impossible de tenir un procès équitable en raison de violations des droits fondamentaux du suspect ou de l'accusé par ses accusateurs, il serait contradictoire de dire que l'on traduit cette personne en justice. En effet, justice ne serait pas rendue. (...) Si aucun procès équitable ne peut être conduit, l'objet de la procédure judiciaire est mis en échec et il convient de mettre un terme à la procédure » (*ibid.* (arrêt du 14 décembre 2006), para. 37) ; v. aussi : CPI, Chambre préliminaire I, 15 août 2012, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-212, Decision on the « Corrigendum of the challenge to the jurisdiction of the International Criminal Court on the basis of articles 12(3), 19(2), 21(3), 55 and 59 of the Rome Statute filed by the Defence for President Gbagbo (ICC02/11-01/11-129) », para. 89.

- le droit à un recours effectif, qui doit pouvoir « pleinement s'exercer, un tel droit relevant, à l'évidence, des droits de l'homme internationalement reconnus »¹⁰⁹ ;
- le « droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire »¹¹⁰ ;
- la présomption d'innocence¹¹¹ ;
- les conditions de modification de la qualification juridique des faits au cours du procès¹¹² ;
- le droit « d'avoir accès à une autorité judiciaire ayant le pouvoir de statuer sur la légalité et le bien-fondé de sa détention »¹¹³ et la révision périodique des décisions de maintien en détention¹¹⁴ ;

109 CPI, Chambre de première instance II, 9 juin 2011, *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-3003, Décision sur une requête en *amicus curiae* et sur la « requête tendant à obtenir présentations des témoins DRC-Do2-P-0350, DRC-Do2-P-0236, DRC-Do2-P-0228 aux autorités néerlandaises aux fins d'asile » (articles 68 et 93-97 du Statut), para. 70 ; v. aussi le para. 73 et CPI, Chambre d'appel, 20 janvier 2014, *Le Procureur c. Germain Katanga*, ICC-01/04-01/07-3424, Décision relative à la recevabilité de l'appel interjeté contre la Décision relative à la demande de mise en liberté des témoins détenus DRC-Do2-P0236, DRC-Do2-P0228 et DRC-Do2-P0350, paras. 27 et 30.

110 CPI, Chambre de première instance I, 18 janvier 2008, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC 01/04 01/06, Décision relative à la participation des victimes, para. 35.

111 CPI, Chambre d'appel, 12 juin 2012, *Le Procureur c. Saif Al-Islam Gaddafi et Abdullah AL-Senussi*, Decision on the Request for Disqualification of the Prosecutor, ICC-01/11-01/11-175, para. 24. v. aussi CPI, Chambre préliminaire I, 31 janvier 2011, *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, Décision relative à la requête de la Défense sollicitant une ordonnance aux fins de préserver l'impartialité de la procédure, para. 9.

112 CPI, Chambre d'appel, 8 décembre 2009, *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC 01/04 01/06, Arrêt relatif aux appels interjetés par Thomas Lubanga Dyilo et par le Procureur contre la Décision informant les parties et les participants que la qualification juridique des faits peut être modifiée conformément à la norme 55-2 du Règlement de la Cour, paras. 83-85.

113 CPI, Chambre préliminaire II, 14 août 2009, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Décision relative à la mise en liberté provisoire de Jean-Pierre Bemba Gombo et invitant les autorités du Royaume de Belgique, de la République portugaise, de la République française, de la République fédérale d'Allemagne, de la République italienne et de la République sud-africaine à participer aux audiences, para. 35.

114 CPI, Chambre d'appel, 19 novembre 2010, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Jean-Pierre Bemba Gombo contre la Décision relative au réexamen de la détention de Jean-Pierre Bemba Gombo conformément

- le droit de l'accusé de disposer du temps nécessaire pour préparer sa défense et celui d'être jugé sans retard excessif¹¹⁵ ; ou encore
- « les deux corollaires du principe de légalité à savoir le principe d'interprétation stricte et le principe *in dubio pro reo* »¹¹⁶ ;
- les règles de preuve¹¹⁷ ;
- la motivation des décisions¹¹⁸ ;
- l'interprétation de l'expression « motifs raisonnables de croire »¹¹⁹ ou du terme « préjudice »¹²⁰ ; et même :
- le « droit à bénéficier de conditions de travail justes et équitables, le droit au repos et le droit à une vie privée et familiale » dont doivent bénéficier les équipes de défense¹²¹ !

Il est vrai que l'innovation n'est pas totale. À plusieurs reprises, le TPIY s'est assuré de la conformité des règles qu'il appliquait « avec les instruments internationalement reconnus relatifs aux droits de l'homme »¹²², qu'il s'agisse du Pacte

à la règle 118-2 du Règlement de procédure et de preuve rendue par la Chambre de première instance III le 28 juillet 2010, para. 49.

- 115 *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, 8 décembre 2009, *cit. supra* note 112, para. 83.
- 116 *Le Procureur c. Germain Katanga*, 7 mars 2014, *cit. supra* note 40, para. 50.
- 117 CPI, Chambre d'appel, 3 mai 2011, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Arrêt relatif aux appels interjetés par Jean-Pierre Bemba Gombo et le Procureur contre la décision relative à l'admission en tant que preuves des documents figurant dans l'inventaire des preuves de l'Accusation, rendue par la Chambre de première instance III, para. 52.
- 118 *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, 14 décembre 2006, *cit. supra* note 106, para. 20. v. aussi *ibid.*, para. 59.
- 119 CPI, Chambre préliminaire III, 10 juin 2008, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08, Décision relative à la Requête du Procureur aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à la rencontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, para. 24.
- 120 *Situation en République démocratique du Congo*, 17 janvier 2006, *cit. supra* note 91, para. 81.
- 121 CPI, Chambre préliminaire I, 20 décembre 2013, *Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, ICC-02/11-01/11-584, Requête urgente afin que soient suspendus les délais durant les vacances judiciaires, paras. 31-33.
- 122 *Tadić*, *cit. supra* note 60, para. 45 (à propos de la garantie d'un tribunal « établi par la loi »). Pour un analyse approfondie v. E. Lambert-Abdelgawad, 'Les tribunaux pénaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda et l'appel aux sources du droit international des droits de l'homme', in M. Delmas-Marty, E. Fronza et E. Lambert-Abdelgawad (eds), *Les sources du droit international pénal* *cit.*, pp. 97-134 ; v. aussi S. Garibian, *Le crime contre l'humanité* *cit.*, pp. 329-340.

sur les droits civils et politiques de 1966, de la Convention contre la torture de 1984 ou même de la Convention européenne de 1950¹²³.

La CPI, qui peut s'appuyer sur une habilitation plus solide – et dont, par suite, « la marge de manœuvre [est] incontestablement moindre »¹²⁴, procède de la même manière et tente de dégager les « droits de l'homme internationalement reconnus » d'instruments très divers, tant universels que régionaux :

- la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948¹²⁵ ;
- le Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques¹²⁶ ;
- la Convention relative aux droits de l'enfant¹²⁷ ;
- les « *comments, decisions or judgments of, inter alia, the United Nations Human Rights Committee, the African Commission on Human and Peoples' Rights and the European Court of Human Rights* »¹²⁸ ;
- la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples¹²⁹ ;

123 V.A. Cassese, 'The Impact of the European Convention on Human Rights on the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia', in *Protection of Human Rights: The European Perspective – Studies in Memory of Rolv Ryssdal*, Berlin/Bonn/München, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 213-236 et 'L'influence de la CEDH sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux', in A. Cassese et M. Delmas-Marty (eds), *Juridictions nationales et crimes internationaux – Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, PUF, 2002, pp. 143-182.

124 E. Lambert-Abdelgawad, 'Les tribunaux pénaux' *cit.*, p. 134.

125 *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, *cit. supra* note 111, para. 9. v. aussi *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, 14 août 2009, *cit. supra* note 113, para. 35.

126 *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, 9 juin 2011, *cit. supra* note 109, para. 24 ou, dans l'affaire *Le Procureur c. Mathieu Ngudjolo Chui*, Chambre d'appel, 20 décembre 2012, Décision relative à la demande d'effet suspensif présentée par le Procureur le 19 décembre 2012, para. 22. v. aussi *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, 14 août 2009, *cit. supra* note 113, para. 35 ; *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, 8 décembre 2009, *cit. supra* note 112, para. 83 ; *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, 19 novembre 2010, *cit. supra* note 114, para. 49 ; *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, *cit. supra* note 111, para. 9.

127 *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, 14 mars 2012, *cit. supra* note 106, paras. 211-212, 215 et 236.

128 *Le Procureur c. Saif Al-Islam Gaddafi et Abdullah AL-Senussi*, *cit. supra* note 111, para. 26. v. *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, 14 août 2009, *cit. supra* note 113, para. 36 ; *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, 8 décembre 2009, *cit. supra* note 112, para. 84.

129 *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, 8 décembre 2009, *cit. supra* note 112, para. 83. v. aussi *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, 14 août 2009, *cit. supra* note 113, para. 35.

- les conventions européenne et interaméricaine des droits de l'homme et la jurisprudence des deux cours régionales¹³⁰ ;
- celle du Tribunal spécial pour la Sierra Leone¹³¹ ; et même
- les Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire¹³², dont le Juge Blattmann a critiqué l'usage de façon fort convaincante¹³³.

S'il est exact que cette référence aux droits de l'homme « *provides a standard against which all the law applied by the Court should be tested* »¹³⁴, il n'en résulte pas que la Cour pourrait se refuser à appliquer un élément de crimes, une règle de procédure ou de preuve, moins encore une disposition de son Statut, si elle la considérait comme contraire à un « droit de l'homme internationalement reconnu ». Ce serait aller nettement plus loin que le TPIY qui, dans l'affaire *Furundzija*, a déclaré que « [l]e principe général du respect de la dignité humaine [...] désormais si important qu'il imprègne le droit international dans son ensemble »¹³⁵. Et si une telle position serait peut-être acceptable s'agissant des dispositions du RPP ou des éléments des crimes, elle ne l'est en tout cas pas si le Statut lui-même est en cause : « Constitution » de la Cour, il établit les limites de sa compétence, qu'elle excéderait à l'évidence si elle écartait l'application de certaines de ses dispositions au prétexte de contrariété avec des règles extérieures qu'elle doit appliquer en vertu du Statut justement¹³⁶.

130 *Situation en République démocratique du Congo*, 17 janvier 2006, *cit. supra* note 91, para. 116 ; *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, 10 juin 2008, *cit. supra* note 119, para. 24 ; v. aussi, par ex. : *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, 14 août 2009, *cit. supra* note 113, para. 35 ; *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, 8 décembre 2009, *cit. supra* note 112, para. 83 ; *Le Procureur c. Callixte Mbarushimana*, *cit. supra* note 111, para. 9 ; *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, 14 décembre 2006, *cit. supra* note 106, para. 38 ; *Le Procureur c. Mathieu Ngujolo Chui*, 20 décembre 2012, *cit. supra* note 129, para. 22, ou Chambre préliminaire II, 8 janvier 2014, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo et al.*, ICC-01/05-01/13, décision de remise en liberté, para. 2.1.

131 *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, 14 mars 2012, *cit. supra* note 127, para. 604.

132 *Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, 18 janvier 2008, *cit. supra* note 110, para. 35.

133 « [C]ette source de droit n'est ni suffisamment convaincante ni suffisamment déterminante pour que la Chambre s'en serve lorsqu'elle statue sur les victimes, et en particulier sur la définition des victimes et de la participation » (*ibid.*, opinion du Juge Blattmann, para. 4).

134 M. Arsanjani, 'The Rome Statute' *cit.*, p. 29.

135 Chambre de première instance, 10 décembre 1998, IT-95-17/1-T, para. 183.

136 Sur cette problématique, v. J. Verhoeven, 'Article 21' *cit.*, pp. 14-15.

Il n'en n'irait différemment que si les « droits de l'homme internationalement reconnus » en cause dans une affaire avaient le caractère de « normes impératives de droit international général » telles que les définit l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités¹³⁷. Dès lors, bien que l'article 21 (3) du Statut inclue dans le « bloc » de la « super-licéité » non pas seulement les droits *fondamentaux* de la personne humaine, traditionnellement cités comme exemples de règles impératives¹³⁸, mais *tous* les droits de l'homme internationalement reconnus, seuls ceux relevant du *jus cogens* pourraient se voir reconnaître une valeur « supra-statutaire ».

Parmi ces normes impératives, l'une est individualisée et mise en exergue, comme s'il s'agissait d'une « super-super licéité » : le principe de non-discrimination. L'article 21(3) précise en effet que « [l]'application et l'interprétation du droit prévues au présent article doivent être [...] exemptes de toute discrimination fondée sur des considérations telles que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe^[139] tel que défini à l'article 7, paragraphe 3, l'âge, la race, la couleur, la langue, la religion ou la conviction, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale, ethnique ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre qualité ».

Certainement adopté avec les meilleures intentions du monde, ces précisions risquent d'avoir de regrettables effets pervers. En particulier du fait que, malgré sa longueur très excessive, l'énumération des discriminations prohibées n'est pas complète ; il y manque notamment celle fondée sur les préférences sexuelles, alors même que, dans le domaine de compétence de la Cour, le sinistre précédent de l'extermination des homosexuels dans les camps nazis montre qu'elle constitue un objet de préoccupation très concret. À l'inverse, la mention des opinions politiques ou autres pourrait être prise comme prétexte pour justifier les pratiques négationnistes ou révisionnistes. Une rédaction plus sobre eût évité ces écueils¹⁴⁰.

137 « Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. ».

138 Cf. CDI, Rapport sur les travaux de sa 18^{ème} session, *Annuaire de la CDI* 1970, vol. II, p. 270 ou CIJ, arrêt, 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Rec.* 1970, p. 32.

139 Sur les débats assez futiles concernant le choix du mot « sexe » ou « genre » dans cette disposition et dans l'article 7(3) auquel elle renvoie, v. M. McAuliffe deGuzman, 'Commentary of Article 21' *cit.*, pp. 711-712.

140 Pour un exemple de mise en œuvre du principe de non-discrimination consacré à l'article 21-3 du Statut, v. le Rectificatif à la Décision relative à l'autorisation d'ouverture d'une

Il reste que l'article 21 du Statut est muet sur le *jus cogens*. Ce silence ne doit probablement pas être interprété comme interdisant à la Cour de faire appel à la notion si le besoin s'en fait sentir. Elle l'a fait dans au moins trois occasions :

- dans l'affaire *Germain Katanga*, la Chambre de première instance II a estimé qu'elle devait différer provisoirement l'application de l'obligation de renvoi de témoins retenus prévue par l'article 93, paragraphe 7.b) du Statut¹⁴¹; selon l'explication donnée *ex post* par cette même Chambre :

dans la Décision du 9 juin 2011, étaient (...) en jeu deux facteurs déterminants : le risque d'une violation immédiate d'une norme fondamentale du droit coutumier dont le caractère impératif a de plus en plus tendance à être reconnu par les États et à laquelle nul ne peut déroger (*jus cogens*)¹⁴² et l'impossibilité d'appliquer le Statut conformément à cette norme. En d'autres termes, la seule façon de respecter la norme impérative de non-refoulement était alors de suspendre temporairement l'article 93-7 du Statut et de ne pas l'appliquer en cas d'accueil favorable de la demande d'asile¹⁴³.
- et, dans la même affaire, cette même Chambre a admis l'existence d'une « norme impérative de non-refoulement », mais a considéré que « le droit à la liberté (et l'interdiction de faire l'objet d'une arrestation et d'une détention arbitraires qui en est le corolaire) admettant de nombreuses dérogations, ne

enquête dans le cadre de la situation en République de Côte d'Ivoire rendue en application de l'article 15 du Statut de Rome adopté le 3 octobre 2011 (*Situation en République de Côte d'Ivoire*) par la Chambre préliminaire III, priant « le Greffe de prêter une attention particulière aux besoins de tout groupe de victimes susceptible d'être sous-représenté [parmi celles ayant adressé des représentations], telles que les victimes appartenant à d'autres groupes ethniques, les enfants, les femmes et les victimes de violences sexuelles, dans le cadre de sa campagne de sensibilisation générale auprès des communautés affectées... » (ICC-02/11, para. 21).

141 *Le Procureur c. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, 9 juin 2011, *cit. supra* note 109, paras. 62-64 et 67-74.

142 *Ibid.*, note 57 : « Voir, sur ce point, les notes de bas de page 35 et 36 de l'Avis consultatif du Haut-Commissariat des Nations unies pour les réfugiés cité dans la note de bas de page 118 de la Décision du 9 juin 2011 ; voir également. Organisation des États Américains, Déclaration de Carthagène sur les réfugiés, 22 novembre 1984, OAS/Ser.L./V/II.66, doc. 10, rev. 1, pp. 190-193 ; Haut-Commissariat des Nations-Unies pour les réfugiés, Executive Committee Conclusion N. 25 (XXXIII) 'General Conclusion on International Protection', 20 octobre 1982, para. (b) ; Haut-Commissariat des Nations-Unies pour les réfugiés, Executive Committee Conclusion N. 79 (XLVII) 'General Conclusion on International Protection' (1996), para. (i) ; Jean Allain, 'The *Jus Cogens* nature of *non-refoulement*', 13 *International Journal of Refugee Law* (2002), n. 4, pp. 533-558 ».

143 *Cit. supra* note 90, paras. 29-30.

peut être considéré comme une norme intransgressible ou impérative de droit international »¹⁴⁴.

- pour sa part, dans sa décision du 18 juin 2013, la Chambre de première instance V(A) a tenu l'improbable raisonnement que voici opposant démocratie et interdiction du crime contre l'humanité :

... the overriding influence of *jus cogens* must also be kept highly in the mind. These are the norms of international law that must operate notwithstanding the incidence of other norms of international law that do not similarly enjoy the stature of *jus cogens*. It is generally agreed that the interdiction of crimes against humanity enjoys the stature of *jus cogens*. In contrast, democracy as an international legal norm has not, so far, been known to enjoy the *jus cogens* status. Hence, in the event of any perceived conflict between the two norms, considerations of democracy must yield to the need to conduct proper inquiry into criminal responsibility of an elected official for crimes against humanity¹⁴⁵.

Le TPIY pour sa part n'a pas hésité à y recourir de façon particulièrement nette dans l'affaire *Furundzija* dans laquelle il a considéré, non seulement que « l'interdiction de la torture impose aux États des obligations *erga omnes* »¹⁴⁶, mais aussi que « [e]n raison de l'importance des valeurs qu'il protège, ce principe est devenu une norme impérative ou *jus cogens*, c'est-à-dire une norme qui se situe dans la hiérarchie internationale à un rang plus élevé que le droit conventionnel et même que les règles du droit coutumier 'ordinaire' »¹⁴⁷ et en a tiré comme conséquences que « les individus sont tenus de respecter le principe de l'interdiction de la torture, même si les instances législatives ou judiciaires nationales en autorisent la violation » et que le principe de la juridiction universelle s'y applique¹⁴⁸. De même, dans l'affaire *Kupreskic*, le Tribunal a affirmé que « la plupart des normes du droit international humanitaire, notamment celles qui prohibent les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide, sont des normes impératives du droit international ou *jus cogens*, c'est-à-dire qu'elles sont impérieuses et qu'on ne saurait y déroger »¹⁴⁹.

144 *Le Procureur c. Germain Katanga*, 1 octobre 2013, *cit. supra* note 90, paras. 30 et 33.

145 CPI, Chambre de première instance V(A), 18 juin 2013, *Le Procureur c. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial, para. 90.

146 *Furundzija*, 10 décembre 1998, *cit. supra* note 135, para. 151.

147 *Ibid.*, para. 153.

148 *Ibid.*, paras. 155 et 156.

149 *Cit. supra* note 22, para. 520 et note 91, para. 43. Il n'est pas évident que « la plupart des normes du droit international humanitaire ... sont des normes impératives du droit international », mais certaines le sont sans aucun doute.

Ceci étant, ces considérations ne pourraient avoir de conséquences concrètes que dans l'hypothèse très marginale où l'application du Statut pourrait conduire à un résultat incompatible avec le *jus cogens*. Selon la Chambre de première instance II, le cas s'est présenté lorsque le renvoi de certains témoins détenus aurait risqué de porter atteinte à leur droit – qualifié d'impératif – de demander l'asile aux Pays-Bas, ce qui a conduit la Chambre à suspendre l'application d'une disposition statutaire¹⁵⁰. La solution n'était sans doute pas évidente en l'espèce, mais le principe sur lequel elle repose doit être approuvé.

4 Conclusion

L'article 21 du Statut n'est pas sans mérite : la hiérarchie des sources du droit applicable par la Cour qu'il s'efforce de préciser, devrait guider les Juges dans l'entrelacs de ces sources – ce que ne fait pas l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice – et il apporte d'utiles précisions sur la définition des principes généraux de droit notamment en les différenciant nettement des principes du droit international. En outre, il affirme légitimement la supériorité du Statut. En revanche, la combinaison de cette hiérarchie formelle avec une autre, substantielle, laisse perplexe ; cette dernière apparaît du reste surtout comme un exercice propre à donner bonne conscience aux auteurs du Statut et n'a eu, jusqu'à présent, qu'un impact concret limité dans la mise en œuvre du droit applicable. En outre, ici comme ailleurs, le Statut porte la marque de la précipitation et des compromis, néfastes pour sa crédibilité, qui ont marqué sa rédaction. Certaines des formules finalement retenues sont techniquement critiquables, voire incohérentes. D'autres sont inutiles.

Mais le plus grave est ailleurs et concerne le fond du droit énoncé dans le Statut : trop détaillé, il risque de figer des évolutions nécessaires, voire même d'ancrer dans le droit positif des régressions normatives¹⁵¹. Sans doute, prend-il soin de préciser que les définitions qu'il donne des crimes à l'égard desquels la Cour est compétente le sont « [a]ux fins du présent Statut »¹⁵², et les articles 10, 22 (3) et 80 laissent subsister des possibilités d'évolution en dehors de la Cour. « Thus, the Statute itself seems to postulate the future existence of *two possible regimes or corpora of international criminal law*, one established by the Statute and the other laid down in general international criminal law »¹⁵³.

150 En l'occurrence l'article 93, para. 7 b). v. *supra*.

151 V.A. Cassese, 'The Statute of the International Criminal Court' *cit.*, pp. 157–158, et *supra*.

152 Cf. les articles 6, 7 ou 8 (2).

153 A. Cassese, 'The Statute of the International Criminal Court' *cit.*, p. 157 ; souligné dans le texte original. Dans cet esprit, on peut remarquer que, dans son jugement *Kupreskić* du 14

Encore n'est-ce là qu'un moindre mal. Moins qu'à la possible coexistence de deux corps de règles concurrents¹⁵⁴ et divergents, le véritable danger tient à un risque de « nivellement par le bas », le droit international pénal coutumier ou en voie de formation se rétractant, ou se figeant, sur le texte du Statut qui, sur certains points, est en régression par rapport au droit d'ores et déjà en vigueur. Et le risque est d'autant plus grand que la rigidité des règles relatives aux amendements ou à la révision du Statut¹⁵⁵ est telle que toute évolution est, en pratique, interdite ; quant à l'infléchissement des règles par la jurisprudence, il risque de se trouver singulièrement contrarié par l'abus de précision des règles statutaires et la défiance que les rédacteurs du Statut ont marqué à l'égard des Juges.

Commentant l'article 21 du Statut peu après son adoption, j'écrivais : « Point d'orgue du développement rapide et passionnant du droit international pénal, il risque ainsi d'en être aussi le chant du cygne et la cause sinon de son déclin, du moins de sa stagnation »¹⁵⁶. À mon grand regret, j'ai le sentiment que les pratiques de la C.P.I. depuis sa création n'ont pas démenti cette sombre prédiction.

Toutefois, pour terminer sur une note plus positive, on peut se consoler avec la Professeure Lattanzi qui écrivait dans sa sagesse : « Certes, on pourrait faire toujours mieux et peut-être sur tous les aspects ici considérés aurait-on pu faire mieux pendant les négociations de Rome, si... Mais avec les 'si' on ne fait pas l'histoire de l'humanité, qui progresse par petits pas, mais elle progresse »¹⁵⁷. Malgré tous ses défauts, que la pratique n'a pas atténués, on sera donc « Pour la CPI quand même ! »¹⁵⁸

janvier 2000, une Chambre de première instance du TPIY a constaté que l'article 7(1)(h) du Statut relatif à la persécution comme crime contre l'humanité « n'est pas conforme au droit international coutumier » (*cit. supra* note 22).

154 Voire trois, avec les droits nationaux.

155 v. *supra*.

156 V.A. Pellet in A. Cassese, P. Gaeta et J.R.W.D. Jones (eds), *The Rome Statute cit.*, p. 1084.

157 F. Lattanzi, 'Compétence de la Cour' *cit. supra* note 1, p. 444.

158 V.A. Pellet, 'Pour la Cour pénale internationale quand même ! – Quelques remarques sur sa compétence et sa saisine', *L'Observateur des Nations Unies*, (1998), n. 5, pp. 143–163.