

## Le précédent devant les juridictions internationales Demi-journée de Sceaux (Université Paris-Sud)

### LE PRÉCÉDENT EN DROIT INTERNATIONAL PÉNAL

#### D'une influence nécessaire des autres juridictions à une autonomie de la jurisprudence des juridictions pénales internationales

Sarah JAMAL

*Doctorante contractuelle à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

Pour se rendre compte du large recours à la technique du précédent en droit international pénal, il suffit de penser à la très célèbre décision *Tadic*<sup>1</sup> du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie (TPIY). En effet, cette décision a été abondamment citée dans la jurisprudence du TPIY, mais aussi dans celle des autres juridictions pénales internationales, par la Cour internationale de justice, et même en matière d'arbitrage<sup>2</sup>.

L'étude du précédent en droit international pénal revêt une importance particulière au regard des principes irriguant cette matière<sup>3</sup>, et plus particulièrement du principe de légalité<sup>4</sup>. Ainsi, par exemple, le Statut de Rome prévoit que la Cour pénale internationale « peut appliquer les principes et règles de droit tels qu'elle les a interprétés dans ses décisions antérieures<sup>5</sup> », afin de garantir la prévisibilité de sa jurisprudence.

Pour autant, mise à part cette disposition, et l'article 20(3) du Statut du Tribunal spécial pour la Sierra Léone (TSSL) qui prévoit que sa chambre d'appel est guidée par les jurisprudences des tribunaux *ad hoc*, il n'existe aucune directive officielle sur cette

---

<sup>1</sup> TPIY, *Procureur c. Tadic*, arrêt, appel, Affaire N° IT-94-1-A, 15 juillet 1999.

<sup>2</sup> H. G. COHEN, « Lawyers and precedent », *Vanderbilt journal of transnational law*, vol. 46, 2013, p. 1029.

<sup>3</sup> A. Z. BORDA, « The Direct and Indirect Approaches to Precedent in International Criminal Courts and Tribunals », *Melbourne Journal of International Law*, 14, 2013, p. 612.

<sup>4</sup> Article 15 du Pacte International sur les droits civils et politiques.

<sup>5</sup> Article 21(2) du Statut de Rome.

question<sup>6</sup>. Le TPIY a, certes, élaboré un manuel des bonnes pratiques en coopération avec l'Organisation des Nations Unies pour ne pas perdre son acquis. Mais dedans, il n'est pas fait mention des précédents et de leur utilisation<sup>7</sup>. Il faut donc analyser la jurisprudence des juridictions pénales internationales pour comprendre l'utilisation qu'elles font des précédents.

Les juridictions pénales internationales n'accordent aucune valeur contraignante aux précédents. Le TPIY l'a affirmé, dès la décision *Tadić*<sup>8</sup>. Dans la décision *Procureur c. Kupreškić*, il a maintenu cette position<sup>9</sup>. Les autres juridictions pénales internationales ont suivi ce principe. Ainsi, par exemple, le TSSL a déclaré ne pas être lié par la jurisprudence du TPIY dans l'affaire *RUF* bien que l'article 20(3) de son Statut prévoit que sa chambre d'appel soit guidée par les jurisprudences des tribunaux *ad hoc*<sup>10</sup>. La Cour pénale internationale (CPI) a également adopté cette position dans l'affaire *Lubanga*<sup>11</sup>. Elle précise, par ailleurs, s'agissant de la procédure de préparation des témoins que « ce précédent ne lie nullement la Chambre de première instance de la présente Cour. L'article 21 du Statut fait obligation à la Chambre d'appliquer en premier lieu le Statut, les Éléments des crimes et le Règlement de procédure et de preuve de la CPI. Puis, si les textes de la CPI ne tranchent pas la question envisagée de manière concluante, la Chambre de première instance applique, selon qu'il convient, les principes et règles du droit international »<sup>12</sup>.

Toutefois, les juridictions pénales internationales admettent que les précédents comportent une valeur persuasive<sup>13</sup>, leur conférant donc en accord avec l'article 38(1) (d) du Statut de la CIJ, le rôle de « moyen auxiliaire de détermination des règles de droit<sup>14</sup> ».

Il faut tout de même relever une exception à la valeur non contraignante des précédents. Dans l'affaire *Aleksovski*, la chambre d'appel du TPIY a déclaré que les chambres de première instance sont liées par ses décisions<sup>15</sup>. Elle a même été plus loin en déclarant qu'elle-même ne s'écarterait pas de ses précédents sauf si des circonstances

---

<sup>6</sup>A. Z. BORDA, « Precedent in International Criminal Courts and Tribunals », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2013, p. 289.

<sup>7</sup> ICTY & United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute, *ICTY Manual on Developed Practices* (2009).

<sup>8</sup> TPIY, *Tadić*, jugement, Chambre première instance II, 7 Mai 1997, Affaire N° IT-94-1-T § 654 : « the International Tribunal is not bound by past doctrine ».

<sup>9</sup> TPIY, *Kupreškić*, jugement, 14 janvier 2000, Affaire No° IT-95-16-T, § 540.

<sup>10</sup> TSSL, *Procureur c. Sesay*, (« *RUF* »), jugement, Chambre première instance I, 2 mars 2009, Affaire No° SCSL-04-15-T, § 295; voir aussi ECCC, *Procureur c. Kaing*, (« *Duch* ») arrêt, appel, 3 février 2012, Affaire N° 001/18-07-2007/ECCC/SC, § 97 pour les Chambres extraordinaires pour le Cambodge.

<sup>11</sup> CPI, Ch. I, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, jugement, 14 mars 2002, Affaire N° ICC-01/04-01/06, § 603.

<sup>12</sup> CPI, Ch. I, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Décision relative aux pratiques employées pour préparer et familiariser les témoins avant qu'ils ne déposent au procès, 30 novembre 2007, Affaire N° ICC-01/04-01/06, § 44.

<sup>13</sup> Voir à titre d'exemple, CPI, Ch. I, Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, jugement, 14 mars 2002, Affaire N° ICC-01/04-01/06, § 603.

<sup>14</sup> Voir à titre d'exemple TPIY, *Kupreškić*, jugement, 14 janvier 2000, Affaire No° IT-95-16-T, § 540.

<sup>15</sup> TPIY, *Prosecutor c. Zlatko Aleksovski*, arrêt, appel, 24 mars 2000, Affaire n° IT-95-14/1-A.

particulières le justifient. En anglais, elle a utilisé l'expression « *cogent reasons* »<sup>16</sup>. Ce principe a évidemment pour finalité d'assurer une unification du droit international pénal ainsi qu'une prévisibilité du droit.

Les juridictions pénales internationales recourent énormément à la technique du précédent que ce soit en citant leur propre jurisprudence ou les jurisprudences d'autres juridictions<sup>17</sup>. Il est même possible de distinguer deux sortes d'utilisation, l'approche directe qui consiste à reprendre une même notion juridique, et l'approche indirecte par laquelle le juge se sert de l'étude opérée dans une précédente décision pour constater une règle coutumière ou l'existence d'un principe général du droit<sup>18</sup>.

Les juridictions pénales internationales citent différentes juridictions telles que la Cour internationale de justice ou encore la Cour européenne des droits de l'homme sur les notions de torture, traitements inhumains ou encore de viol<sup>19</sup>. Mais elles ne se limitent pas aux jurisprudences puisque les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies ou du Conseil de sécurité font également partie de leur référence. Le travail des rapporteurs spéciaux des Nations Unies est aussi pris en compte<sup>20</sup>. En effet, ces derniers consacrent une partie de leur mandat à définir les notions pour lesquelles ils ont été nommés. De sorte que les juridictions pénales internationales font appel à une pluralité de sources à travers la technique du précédent.

L'étude du précédent en droit international pénal révèle un mouvement de balancier. Au départ, les juridictions pénales internationales, insuffisamment équipées et devant définir les éléments constitutifs de crimes à partir d'un droit naissant, se sont intéressées aux jurisprudences provenant de juridictions n'appartenant pas à leur domaine. Cependant, une fois leur jurisprudence consolidée, elles ont non seulement gagné en autonomie en s'auto-citant, mais elles ont aussi inspiré les autres juridictions<sup>21</sup>. Afin de mieux comprendre ce phénomène, nous nous intéresserons, dans un premier temps, au recours aux précédents par les juridictions pénales internationales et aux raisons de ce recours (I). Puis dans un second temps, nous observerons comment les juridictions pénales internationales ont gagné en autonomie grâce à la consolidation de leur jurisprudence (II).

---

<sup>16</sup> *Ibid.* § 95.

<sup>17</sup> H. G. COHEN, « Theorizing precedent in international law », in A. BIANCHI, D. PEAT & M. WINDSOR (eds.), *Interpretation in International Law*, Oxford University Press, Forthcoming; UGA Legal Studies Research Paper No. 2014-13, avril 2014, p. 3, Disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2419706>, (consulté le 23/02/2015).

<sup>18</sup> A. Z. BORDA, *op. cit.*, p. 611.

<sup>19</sup> A. Z. BORDA, « Precedent in International Criminal Courts and Tribunals », *Cambridge Journal of International & Comparative Law*, 2, 2013, p. 293 ; O. DE FROUVILLE, « The Influence of the European Court of Human Rights' Case Law on International Criminal Law of Torture and Inhuman or Degrading Treatment », *J Int Criminal Justice*, 2011, p. 636 et s.

<sup>20</sup> Voir à titre d'exemple, TPIY, *Procureur c. Zejnil Delali Zdravko Muci, Esad Lando*, jugement, Chambre de première instance, 16 novembre 1998, Affaire n° IT-96-21-T § 454.

<sup>21</sup> A. Z. BORDA, « Precedent in International Criminal Courts and Tribunals », *Cambridge Journal of International & Comparative Law*, 2, 2013, p. 298.

## I. — LE RECOURS À LA TECHNIQUE DES PRÉCÉDENTS PAR LES JURIDICTIONS PÉNALES INTERNATIONALES

Nous analyserons d'abord l'utilisation des précédents issus des juridictions et quasi-juridictions en matière de droits de l'homme (A), puis celle des précédents tirés de la jurisprudence de la Cour internationale de justice (B).

### A. — L'utilisation des précédents issus des juridictions et quasi-juridictions en matière de droits de l'homme

Les tribunaux pénaux internationaux (TPI) ont dû définir les crimes dont ils étaient saisis alors que le droit international pénal n'en était qu'à ses débuts. C'est pour cette raison qu'ils se sont tournés vers l'extérieur et se sont inspirés des décisions prononcées par les juridictions et quasi-juridictions en matière de droits de l'homme<sup>22</sup> en considérant que l'essence des droits de l'homme et du droit international pénal est la même : le respect de la dignité humaine<sup>23</sup>. La chambre de première instance du TPIY l'explique très bien dans le jugement *Kunarac* en précisant que « [l]a rareté des précédents en droit international humanitaire fait que le Tribunal a maintes fois eu recours à des instruments et à des pratiques qui ont vu le jour dans le domaine des droits de l'homme. En raison des points communs à ces deux branches (objectifs, valeurs et terminologie), cette méthode est généralement d'une aide appréciable voire nécessaire pour déterminer l'état du droit international coutumier en matière humanitaire. On peut en effet considérer que, sur certains points, le droit international humanitaire a fusionné avec la branche du droit touchant les droits de l'homme »<sup>24</sup>.

Les TPI ont particulièrement recouru à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) pour définir les crimes comportant des éléments de torture et de traitements inhumains et dégradants<sup>25</sup>. Par exemple, ils ont repris l'idée qu'il faut que l'acte dépasse un certain seuil de gravité. Ainsi, dans l'affaire *Delalic et al*<sup>26</sup>, la chambre de première instance du TPIY a cité les affaires *grecques*<sup>27</sup>, *Irlande du Nord c. Royaume-Uni*<sup>28</sup>, *Aksoy c. Turquie*<sup>29</sup> et *Aydin c. Turquie*<sup>30</sup>. Les TPI se sont également inspirés de la jurisprudence dans laquelle la Cour EDH opère des distinctions entre la torture, les traitements inhumains et les traitements dégradants, pour définir les éléments constitutifs de plusieurs crimes. Cela est nettement apparent dans le jugement

<sup>22</sup> O. DE FROUVILLE, *loc. cit.*, p. 635.

<sup>23</sup> Voir par exemple, TPIY, *Furundzija*, jugement, Chambre de première instance, 10 décembre 1998, Affaire n° IT-95-17/1, § 183.

<sup>24</sup> TPIY, *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, jugement, chambre de première instance, 22 février 2001, Affaire n° IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, § 467.

<sup>25</sup> O. DE FROUVILLE, *loc. cit.*, pp. 636 et s.

<sup>26</sup> TPIY, *Delalic et al.*, jugement, Chambre de première instance, 16 novembre 1998, Affaire n° IT-96-21-T, §461 et s.

<sup>27</sup> *Affaire grecque*, Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, 1969, p. 504.

<sup>28</sup> CEDH, plénière, *Irlande du Nord c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, Req. n° 5310/71.

<sup>29</sup> CEDH, *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, Req. n° 21987/93.

<sup>30</sup> CEDH, *Aydin c. Turquie*, 25 septembre 1997, Req. n° 23178/94.

*Delalic et al*<sup>31</sup>. Enfin, pour citer un dernier exemple illustrant cette utilisation, les chambres du TPIY se sont référées à la jurisprudence de la Cour EDH pour appliquer le principe de non cumul des crimes pour les mêmes faits. On le voit dans le jugement *Kvočka et al*<sup>32</sup> dans lequel la chambre de première instance se réfère à la jurisprudence *Aksoy c. Turquie*<sup>33</sup>.

La jurisprudence de la Cour EDH a donc été très utile pour les TPI lorsqu'ils ont dû définir les crimes dont ils étaient saisis ainsi qu'établir leur procédure. Les tribunaux se sont aussi fondés sur les décisions de la Cour et de la Commission interaméricaine des droits de l'homme. Par exemple, la Chambre de première instance du TPIY a analysé la décision *Fernando et Raquel Mejia c. Pérou*<sup>34</sup> de la Commission interaméricaine des droits de l'homme pour définir le viol en tant qu'acte de torture dans l'affaire *Delalic*<sup>35</sup>. Enfin, le TPIY recourt aussi aux observations du Comité des droits de l'homme<sup>36</sup>.

Ainsi, les TPI ont multiplié les références aux jurisprudences des juridictions et quasi-juridictions en matière de droits de l'homme pour définir les éléments constitutifs des crimes dont ils sont saisis. Qu'en est-il d'une juridiction ayant une compétence générale ?

## B. — Les références à la jurisprudence de la Cour internationale de justice

Les juridictions pénales internationales ont très souvent cité la Cour internationale de justice (CIJ) sur des questions de droit international général<sup>37</sup>. Par exemple, dans l'affaire *Delalic*, la chambre de première instance du TPIY a reconnu en se référant à l'arrêt *Nicaragua c. Etats-Unis*<sup>38</sup> que cette décision constitue une source importante de jurisprudence sur plusieurs questions de droit international tout en rappelant la spécificité du rôle d'une juridiction pénale internationale face à celui de la CIJ. En effet, celle-ci a pour rôle de juger des individus et non de déterminer la responsabilité des Etats<sup>39</sup>. La chambre d'appel du TPIY a confirmé qu'elle accorde un poids considérable aux jurisprudences de la CIJ dans l'affaire *Alekovski*<sup>40</sup>.

<sup>31</sup> TPIY, *Delalic et al.*, jugement, Chambre de première instance, 16 novembre 1998, Affaire n° IT-96-21-T, § 534 et s.

<sup>32</sup> TPIY, *Kvočka et al.*, IT-98-30/1-T, jugement, Chambre de première instance, 2 novembre 2001, § 150.

<sup>33</sup> CEDH, *Aksoy c. Turquie*, 18 décembre 1996, Req. n° 21987/93.

<sup>34</sup> Commission interaméricaine des droits de l'homme, *Fernando et Raquel Mejia c. Pérou*, Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 5/96, Affaire No. 10 970. 1er mars 1996.

<sup>35</sup> TPIY, *Delalic et al.*, jugement, Chambre de première instance, 16 novembre 1998, Affaire n° IT-96-21-T, §481 et s.

<sup>36</sup> Voir par exemple : TPIY, *Delalic et al.*, jugement, Chambre de première instance, 16 novembre 1998, Affaire n° IT-96-21-T, §539 et s.

<sup>37</sup> A. Z. BORDA, « Precedent in International Criminal Courts and Tribunals », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2013, p. 303.

<sup>38</sup> CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua c. États-Unis, arrêt, 27 juin 1986.

<sup>39</sup> TPIY, *Delalic et al.*, jugement, Chambre de première instance, 16 novembre 1998, Affaire n° IT-96-21-T, § 230.

<sup>40</sup> TPIY, *Procureur c. Zlatko Alekovski*, arrêt, appel, 24 mars 2000, Affaire n° IT-95-14/1-A, § 96.

Bien évidemment, nous avons tous en tête la célèbre divergence entre le TPIY et la CIJ sur la notion du test de contrôle effectif. Dans l'affaire *Nicaragua c. États-Unis*<sup>41</sup>, la CIJ a exigé que l'Etat ait le contrôle effectif des acteurs non étatiques pour que leurs activités entraînent sa responsabilité. Alors que dans l'affaire *Tadic*<sup>42</sup>, la chambre d'appel du TPIY a critiqué ce contrôle. Elle a affirmé que ce contrôle « paraît peu convaincant au regard de la logique même de l'ensemble du système de la responsabilité des États en droit international »<sup>43</sup> et qu'il « ne s'accorde pas avec la pratique internationale judiciaire et étatique »<sup>44</sup>. Elle privilégie alors la notion de « contrôle global ». Pourtant, dans l'affaire *Génocide de 2007*<sup>45</sup>, la CIJ a réaffirmé sa position en reprenant la notion de contrôle effectif. Alors doit-on parler de dissonance des juges au regard de cet exemple ? Non, les divergences sont très résiduelles<sup>46</sup>. Les juridictions internationales pénales utilisent les précédents tirés de la CIJ. Par exemple, la chambre de première instance de la CPI, dans l'affaire *Lubanga*, s'est référée à l'arrêt *activités militaires et paramilitaires au Nicaragua* sur la notion de conflit armé<sup>47</sup>.

Cette utilisation de précédents de juridictions autres que les juridictions pénales internationales suscitent certaines interrogations quant aux raisons l'expliquant. Il faut, tout d'abord, rappeler que les juridictions pénales internationales et notamment les TPI se sont retrouvés devant la tâche difficile de définir les crimes dont ils sont saisis alors qu'ils étaient insuffisamment préparés pour le faire<sup>48</sup>. Par exemple, dans l'affaire *Kupreskic*<sup>49</sup>, la chambre de première instance du TPIY a affirmé qu'elle devait utiliser les jurisprudences d'autres juridictions parce que le droit pénal procédural et substantiel était à un stade rudimentaire en droit international. C'est ce qui a poussé les juges à regardé ailleurs et avant eux, les avocats. C'est, en effet, une stratégie des avocats que d'invoquer des précédents au sein de leur argumentaire<sup>50</sup>. Certains auteurs en tirent comme conséquence que les précédents seraient du *soft law*<sup>51</sup>. Les juridictions pénales internationales recourent donc aux précédents pour pallier les insuffisances du droit international pénal.

Les précédents leur permettent aussi de vérifier l'existence d'une règle ou d'un principe général du droit<sup>52</sup>. Par exemple, dans l'affaire *Furundzija*<sup>53</sup>, le TPIY a retracé

---

<sup>41</sup> CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, Nicaragua c. États-Unis, arrêt, 27 juin 1986.

<sup>42</sup> TPIY, *Tadic*, arrêt, appel, 15 juillet 1999, Affaire n° IT-94-1-A.

<sup>43</sup> *Ibid.*, § 137.

<sup>44</sup> TPIY, *Tadic*, arrêt, appel, 15 juillet 1999, Affaire n° IT-94-1-A § 137.

<sup>45</sup> CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, arrêt, 26 février 2007.

<sup>46</sup> A. Z. BORDA, *loc. cit.*, p. 303.

<sup>47</sup> CPI, *Situation en République démocratique du Congo*, Affaire le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Ch. première instance I, jugement, 14 mars 2002, Affaire n° ICC-01/04-01/06 § 540.

<sup>48</sup> A. K. A. GREENAWALT, « The Pluralism of International Criminal Law », *Indiana Law Journal*, Vol. 86, 2011, p. 1065.

<sup>49</sup> TPIY, *Kupreskic*, jugement, Chambre de première instance, 14 janvier 2000, Affaire n° IT-95-16 § 537.

<sup>50</sup> H. G. COHEN, *Lawyers and precedent*, *Vanderbilt journal of transnational law*, vol. 46, 2013, p. 1034.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>52</sup> A. Z. BORDA, *loc. cit.*, (p. 391).

<sup>53</sup> TPIY, *Furundzija*, jugement, Chambre de première instance, 10 décembre 1998, Affaire n° IT-95-17/1-T, § 137.

le principe d'interdiction de la torture depuis le code Lieber et la Convention de La Haye de 1907. De même, dans l'affaire *Tadic*<sup>54</sup>, pour déclarer que l'interdiction de certains comportements en temps de guerre est une règle coutumière, le TPIY se réfère à des jugements du tribunal militaire de Nuremberg. Cette méthode indirecte qui consiste à utiliser l'étude effectuée par un juge pour constater ou non l'existence d'une règle coutumière ou d'un principe général du droit, a le mérite de faire gagner du temps à la juridiction<sup>55</sup>.

Les précédents servent également à vérifier et à consolider l'interprétation que les juridictions pénales internationales opèrent<sup>56</sup>. C'est ce que confirment la chambre de première instance du TPIY dans l'affaire *Celibici*<sup>57</sup> ou encore la chambre d'appel du TPIR dans l'affaire *Ntagerura*<sup>58</sup>.

Ainsi, les juridictions pénales internationales, insuffisamment équipées, ont largement recouru à la technique des précédents en citant des jurisprudences externes pour définir les crimes dont elles sont saisies. Une fois leur jurisprudence consolidée, elles ont ensuite gagné en autonomie en se référant à leur propre jurisprudence et même en devenant la source de précédents pour les autres juridictions.

## II. — L'AUTONOMISATION DE LA JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS PÉNALES INTERNATIONALES

La consolidation des jurisprudences en matière de droit international pénal a conduit les juridictions pénales internationales à gagner en autonomie. Désormais elles privilégient leur jurisprudence à celle des autres juridictions (A). D'ailleurs cette dernière devient même source de précédents pour les autres juridictions (B).

### A. — Le déplacement des précédents en interne vers les précédents en externe

Antonio Cassese avait prédit qu'une fois leur propre jurisprudence consolidée, les juridictions pénales internationales se référeraient à leur propre jurisprudence plutôt qu'à celle de juridictions externes<sup>59</sup>. En effet, si les juridictions pénales internationales ont énormément recouru à la technique du précédent pour interpréter et fixer les éléments constitutifs des crimes ainsi que leur procédure, une fois leur pratique ancrée, elles ont gagné en autonomie. Nous avons donc assisté à un déplacement, au lieu de citer les précédents d'autres juridictions, elles ont cité leur propre jurisprudence. Par

---

<sup>54</sup> TPIY, *Tadic*, jugement, Chambre de première instance, 7 mai 1997, Affaire n° IT-94-1-T, §618 et s.

<sup>55</sup> A. Z. BORDA, *loc. cit.*, p. 637.

<sup>56</sup> A. Z. BORDA, *loc. cit.*, p. 298.

<sup>57</sup> TPIY, *Procureur c. Delalić*, *Decision on Motion for Provisional Release Filed by the Accused Zejnil Delalić*, Chambre de première instance, 25 septembre 1996, Affaire n° IT-96-21-T, §23.

<sup>58</sup> TPIR, *Procureur c. Ntagerura*, arrêt, appel, 7 juillet 2006, Affaire n° ICTR-99-46-A, §127.

<sup>59</sup> A. CASSESE, « The Influence of the European Court of Human Rights on International Criminal Tribunals — Some Methodological Remarks » in M. BERGSMO (ed), *Human Rights and Criminal Justice For the Downtrodden: Essays in Honour of Asbjørn Eide*, Martinus Nijhoff, 2003, p. 31.

exemple, si au départ le TPIY se référait à la jurisprudence de la CIJ pour constater le caractère coutumier des règles fixées par l'article 3 commun aux Conventions de Genève, une fois cette jurisprudence bien établie, les décisions successives se sont fondées non plus sur la jurisprudence de la CIJ, mais sur celle du TPIY<sup>60</sup>. Ou encore, pour définir la notion de traitement inhumain, la chambre de première instance du TPIY dans l'affaire *Vasiljevic*<sup>61</sup> évoque seulement les affaires *Delalic*, et *Kunarac*. Ce phénomène de substitution a commencé à être apparent à partir des années 2002-2003<sup>62</sup>. Nous avons observé ce même déplacement de référence avec la qualification de *jus cogens* pour l'interdiction de la torture. En 1998, dans l'affaire *Furundzija*<sup>63</sup>, le TPIY s'était fondé sur toute une série de décisions de justice externes. Il a réaffirmé ce principe dans l'affaire *Celebici*<sup>64</sup> en se référant aux travaux du rapporteur spécial sur la torture. Et lorsque la jurisprudence sur cette question a été consolidée, le TPIY n'a plus que cité sa propre jurisprudence<sup>65</sup>.

Cette tendance a également été suivie par les autres juridictions pénales internationales. Par exemple, dans l'affaire *RUF*<sup>66</sup>, la chambre de première instance du Tribunal spécial pour la Sierra Léone (TSSL) définit la notion « d'autres actes inhumains » en se référant à la précédente décision en appel *AFRC*<sup>67</sup> qui elle-même cite la décision en appel *Stakic*<sup>68</sup> et le jugement de première instance *Blagojevic and Jokic*<sup>69</sup>.

La création de la CPI avec l'adoption puis l'entrée en vigueur du Statut de Rome a soulevé la question de savoir si elle profiterait des précédents consacrés par le TPIY et le TPIR. La tentation a été d'autant plus grande que de nombreux membres du personnel de la CPI que ce soit dans le bureau du procureur, dans le greffe ou même sur les bancs de la juridiction ont précédemment travaillé au sein des juridictions *ad hoc*<sup>70</sup>. Certains auteurs ont considéré qu'en application de l'article 21 du Statut de Rome, la Cour peut recourir aux précédents pour dégager les principes du droit international ainsi

<sup>60</sup> Voir par exemple, TPIY, Procureur c. *Naser Orić*, jugement, Chambre de première instance, 30 juin 2006, Affaire n° IT-03-68-T § 261 et TPIY, Procureur c. *Ramush Haradinaj, Idriz Balaj, Lahi Brahimaj*, jugement, Chambre de première instance, 3 avril 2008, Affaire n° IT-04-84-T § 34.

<sup>61</sup> TPIY, Procureur c. *Mitar Vasiljevic*, jugement, Chambre de première instance II, 29 novembre 2002, Affaire n° IT-98-32-T.

<sup>62</sup> O. DE FROUVILLE, *op. cit.*, p. 644.

<sup>63</sup> TPIY, Procureur c. *Furundzija*, jugement, Chambre de première instance, 10 décembre 1998, Affaire n° IT-95-17/1-T § 153 et s.

<sup>64</sup> TPIY, Procureur c. *Zejnir Delali Zdravko Muci, Esad Lando*, jugement, Chambre de première instance, 16 novembre 1998, Affaire n° IT-96-21-T § 454.

<sup>65</sup> Voir par exemple TPIY, Procureur c. *Mladen Naletilic, aka "TUTA" et Vinko Martinovic, aka "STELA"*, jugement, Chambre de première instance, 31 mars 2003, Affaire n° IT-98-34-T, § 336 ; TPIY, Procureur c. *Dragoljub Kunarac Radomir Kovac And Zoran Vukovic*, jugement, Chambre de première instance, 22 février 2001, Affaire n° IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, § 466.

<sup>66</sup> TSSL, *Sesay, Kallon et Gbao (Affaire RUF)*, jugement, Chambre de première instance, 2 mars 2009, Affaire n° SCSL-04-15-T, § 165 ; voir O. DE FROUVILLE, *loc. cit.*, (p. 645).

<sup>67</sup> TSSL, *Affaire AFRC*, arrêt, appel, 22 février 2008, Affaire n° SCSL-2004-16-A.

<sup>68</sup> TPIY, *Stakic*, arrêt, appel, 22 mars 2006, Affaire n° IT-97-24-A.

<sup>69</sup> TPIY, Procureur c. *Vidoje Blagojevi, Dragan Joki*, jugement, Chambre de première instance, 17 janvier 2005, Affaire n° IT-02-60-T.

<sup>70</sup> L. GROVER, « A Call to Arms: Fundamental Dilemmas Confronting the Interpretation of Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court », *The European Journal of International Law*, Vol. 21 no. 3, 2010, p. 550.



que pour interpréter son Statut<sup>71</sup>. Mais d'autres auteurs ont appelé à la vigilance parce que la procédure au sein des juridictions *ad hoc* dominée par le modèle de *common law* ne correspond pas à celle de la CPI. De même, que le droit appliqué par les tribunaux *ad hoc* a évolué sans cesse avec des amendements de leur règlement de procédure et de preuve<sup>72</sup>. Alors qu'en est-il ? L'affaire *Lubanga* montre que les juges de la CPI tiennent compte des décisions des autres juridictions pénales internationales<sup>73</sup>. Par exemple, ils ont utilisé la jurisprudence du TSSL pour interpréter les dispositions du Statut de Rome s'agissant du crime de conscription, enrôlement et utilisation d'enfants de moins de 15 ans<sup>74</sup>. La CPI justifie ce recours en expliquant que les dispositions sont identiques et poursuivent le même objectif. La CPI s'est également référée à la jurisprudence du TPIY, comme par exemple, sur la notion de conflit armé<sup>75</sup>.

La décision en appel rendue dans l'affaire *Lubanga* le 1<sup>er</sup> décembre 2014 confirme cette tendance<sup>76</sup>. Ainsi par exemple, la chambre d'appel s'appuie sur les affaires *Blagojević et Jokić* et *Mrkšić et Šljivančanin* du TPIY pour expliquer la nature de son contrôle et la marge d'appréciation qu'elle confère à la chambre de première instance<sup>77</sup>. La chambre d'appel se réfère aussi à la jurisprudence des TPIY et TPIR s'agissant de l'admission des preuves supplémentaires en appel<sup>78</sup>. Elle déclare que cela est approprié parce que les tribunaux *ad hoc* se prononcent sur des crimes de même nature. La chambre d'appel, suit également la chambre de première instance en se référant aussi à la jurisprudence du TSSL pour interpréter le crime de conscription, d'enrôlement et utilisation d'enfants de moins de 15 ans, en citant l'affaire *RUF*<sup>79</sup>. Elle utilise aussi l'affaire *Taylor* pour déterminer quel type de preuve peut être utilisé pour constater l'âge des soldats dans le cadre du crime d'enrôlement<sup>80</sup>.

Enfin, pour citer un dernier exemple, dans la décision *Katanga and Ngudjolo Chui* sur la confirmation des charges<sup>81</sup>, la chambre préliminaire de la CPI s'est uniquement référée à la jurisprudence du TPIY et du TPIR pour définir la notion d'« autres actes inhumains ».

Il semble bien que l'on puisse parler d'un dialogue de juges. Pourtant, il arrive que les juridictions pénales internationales soient en désaccord sur une notion. C'est le

---

<sup>71</sup> V. NERLICH, « The Status of ICTY and ICTR precedent in proceedings before the ICC », in C. STAHN et G. SLUITER, *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, 2008, Nijhoff, p. 316.

<sup>72</sup> V. NERLICH, *loc. cit.*, (p. 320).

<sup>73</sup> CPI, *Situation en République démocratique du Congo, Affaire le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, Ch. première instance I, jugement, 14 mars 2002, Affaire n° ICC-01/04-01/06.

<sup>74</sup> *Ibid.*, §603.

<sup>75</sup> *Ibid.*, § 533.

<sup>76</sup> CPI, *Situation en République démocratique du Congo, Affaire le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, arrêt, appel, 1<sup>er</sup> décembre 2014, Affaire n° ICC-01/04-01/06 A 5.

<sup>77</sup> *Ibid.*, § 22 et s.

<sup>78</sup> *Ibid.*, § 49.

<sup>79</sup> CPI, *Situation en République démocratique du Congo, Affaire le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, arrêt, appel, 1<sup>er</sup> décembre 2014, Affaire n° ICC-01/04-01/06 A 5 § 280 et s.

<sup>80</sup> CPI, *Situation en République démocratique du Congo, Affaire le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, arrêt, appel, 1<sup>er</sup> décembre 2014, Affaire n° ICC-01/04-01/06 A 5 § 220.

<sup>81</sup> CPI, *Katanga et Ngudjolo Chui*, chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, Affaire n° ICC-01/04-01/07, § 119 et 150.

cas de la préparation des témoins<sup>82</sup>. En effet, la pratique appelée *witness proofing* est autorisée devant le TPIY alors que la CPI l'interdit. C'est ce qu'a affirmé la chambre de première instance 1 dans l'affaire *Lubanga*<sup>83</sup>. Elle permet seulement la familiarisation des témoins qui consiste à leur expliquer le fonctionnement de la Cour ainsi que le rôle que joue leur témoignage dans la procédure. Malgré cette prise de position, dans une décision de 2006, *Procureur c. Milutinovic et al.*, la chambre de première instance du TPIY a maintenu la position de la juridiction<sup>84</sup>. Celle-ci ne s'est donc pas alignée sur la CPI. Mais ces divergences semblent résiduelles et nous pouvons parler d'une certaine harmonisation du droit international pénal.

Ainsi, même s'il n'y a pas encore assez de jugements de la CPI pour conclure qu'il s'agit bien d'une tendance, il semble déjà que la CPI utilise la jurisprudence des autres juridictions pénales internationales pour interpréter son Statut. Ce phénomène est un signe de l'autonomisation de la jurisprudence des juridictions pénales internationales qui privilégient désormais leur propre jurisprudence à celle de juridictions externes. En effet, le recours aux références de jurisprudences externes ou internes permet d'évaluer le stade de développement d'une jurisprudence. Une fois bien établie, elle gagne en autonomie et ne se réfère plus qu'à elle-même<sup>85</sup>. Elle devient même une source d'inspiration pour les autres juridictions.

## B. — Les jurisprudences en matière de droit international pénal, source de précédents

Dans le même temps, un autre phénomène se développe. La consolidation de la jurisprudence des juridictions pénales internationales a permis que leurs décisions deviennent à leur tour source de précédents pour les autres juridictions.

Par exemple, la Cour EDH est de plus en plus saisie d'affaires incluant des questions de droit international humanitaire et de droit international pénal en plus des questions de droits de l'homme, et pour trancher ces questions, elle recourt de plus en plus aux jurisprudences des juridictions pénales internationales. Par exemple, dans l'affaire *Al-Adsani c. Royaume-Uni*<sup>86</sup>, la Cour relève que « *l'interdiction de la torture est devenue une règle impérative du droit international* » en se fondant sur l'affaire *Furundzija* du TPIY<sup>87</sup>. Dans l'affaire *M.C c. Bulgarie*<sup>88</sup>, la Cour a consacré de

---

<sup>82</sup> W. JORDASH, « The Practice of 'Witness Proofing' in International Criminal Tribunals: Why the International Criminal Court Should Prohibit the Practice », *Leiden Journal of International Law*, Volume 22, Issue 03, Septembre 2009, p. 501-523.

<sup>83</sup> CPI, *Situation en République démocratique du Congo*, le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, Chambre de première instance 1, Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial, 30 novembre 2007, Affaire n° ICC-01/04-01/06.

<sup>84</sup> TPIY, *Procureur c. Milutinović, et al.*, Decision on Ojdanić Motion to Prohibit Witness Proofing, 12 December 2006, Affaire No. IT-05-87-T.

<sup>85</sup> A. Z. BORDA, *loc. cit.*, (p. 622).

<sup>86</sup> CEDH, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, 21 novembre 2001, Req. n° 35763/97, § 30.

<sup>87</sup> TPIY, *Procureur c. Furundzija*, jugement, Chambre de première instance, 10 décembre 1998, affaire n° TI-95-17/1-T.

<sup>88</sup> CEDH, *M.C. c. Bulgarie*, 4 décembre 2003, Req. n° 39272/98, § 163.

nombreux développements à la notion de viol telle que définie dans l'affaire *Kunarac*<sup>89</sup>. Ou encore, dans l'affaire *Rantsev c. Chypre et Russie*<sup>90</sup>, la Cour s'est fondée sur l'affaire *Kunarac*<sup>91</sup> pour donner une nouvelle interprétation de l'esclavage qui inclut celle de trafic d'êtres humains.

La Cour EDH n'est pas la seule à se tourner vers la jurisprudence des juridictions pénales internationales. Dans l'affaire *Génocide de 2007*<sup>92</sup>, si la CIJ n'a pas suivi le TPIY sur la notion de contrôle effectif, elle a repris sa constatation des faits<sup>93</sup>. Elle a été encore plus loin, en reprenant par exemple, la jurisprudence du TPIY sur la notion d'intention particulière ou spécifique, ou *dolus specialis* pour caractériser le crime de génocide. Elle cite l'affaire *Kupreskic*<sup>94</sup>. Elle a fait la même chose sur la notion de « nettoyage ethnique »<sup>95</sup>.

En conclusion, dans un premier temps, le droit international pénal étant à un stade embryonnaire, les juridictions pénales internationales ont alors recouru aux jurisprudences externes pour forger leur jurisprudence et interpréter les éléments constitutifs des crimes dont elles sont saisies. Cependant, dans un second temps, leur jurisprudence consolidée, elles ont gagné en autonomie en se référant alors à leur propre jurisprudence. Elles inspirent également à leur tour d'autres juridictions. Ce mouvement de balancier traduit l'évolution du droit international pénal.

## BIBLIOGRAPHIE

- ABASS, « Proving State Responsibility for Genocide: The ICJ in Bosnia v. Serbia and the International Commission of Inquiry for Darfur », *Fordham International Law Journal* 2007, vol. 31, Issue 4, pp. 42, Disponible sur <http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj> (consulté le 23/02/2015) ;
- Z. BORDA, « The Direct and Indirect Approaches to Precedent in International Criminal Courts and Tribunals », *Melbourne Journal of International Law* 2013, 14, pp. 608-643 ;
- Z. BORDA, « A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals », *24 European Journal of International Law* 2013, pp. 649-661 ;

---

<sup>89</sup> TPIY, *Procureur c. Kunarac, Kovač et Vuković*, jugement, Chambre de première instance, 22 février 2001, Affaire n° IT-96-23.

<sup>90</sup> CEDH, *Rantsev c. Chypre et Russie*, 7 janvier 2010, Req. n° 25965/04 § 142.

<sup>91</sup> TPIY, *Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac et Zoran Vukovic*, arrêt, appel, 12 juin 2002, Affaire n° IT-96-23 & IT-96-23/1-A.

<sup>92</sup> CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, arrêt, 26 février 2007.

<sup>93</sup> A GATTINI, « Evidentiary Issues in the ICJ's » *Genocide Judgment*, *Journal of International criminal justice*, 5, 2007, p. 900 et s.

<sup>94</sup> CIJ, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro, arrêt, 26 février 2007 § 188 ; TPIY, *procureur c. Zoran Kupre[Ki], Mirjan Kupre[Ki], Vlatko Kupre[Ki], Drago Josipovi, Dragan Papi, Vladimir [Anti]*, jugement, Chambre de première instance, 14 janvier 2000, Affaire n° IT-95-16-T.

<sup>95</sup> *Ibid.*, § 190 et s.

- Z. BORDA, « Precedent in International Criminal Courts and Tribunals », 2 *Cambridge Journal of International & Comparative Law* 2013, pp. 287-313 ;
- H. G. COHEN « Theorizing precedent in international law », in A. BIANCHI, D. PEAT & M. WINDSOR, (dir.), *Interpretation in International Law*, Oxford, Oxford University Press, Forthcoming; UGA Legal Studies Research Paper No. 2014-13, pp.23, Disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2419706>, (consulté le 23/02/2015) ;
- H. G. COHEN, « Lawyers and precedent », 46 *Vanderbilt journal of transnational law*, 2013, vol. 46, pp. 1025-1040 ;
- M. A. DRUMBL, « Looking Up, Down and Across: The ICTY's Place in the International Legal Order », 37 *New Eng. L. Rev.* 2002-2003, pp. 1037 – 1057 ;
- O. DE FROUVILLE, « The Influence of the European Court of Human Rights' Case Law on International Criminal Law of Torture and Inhuman or Degrading Treatment », *J Int Criminal Justice* 2011, pp. 633-649 ;
- A. GATTINI, « Evidentiary Issues in the ICJ's *Genocide* Judgment », *Journal of International criminal justice* 5 2007, pp. 889-904 ;
- K. A. GREENAWALT, « The Pluralism of International Criminal Law », *Indiana Law Journal* 2011, Vol. 86, pp. 1063-1129 ;
- L. GROVER, « A Call to Arms: Fundamental Dilemmas Confronting the Interpretation of Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court », *The European Journal of International Law* 2010, Vol. 21 no. 3, pp. 543–583 ;
- M. JACOB, « Precedents: Law making Through International Adjudication », 12 *German Law Journal* 2011, pp. 1005-1032 ;
- K. J. PELC, « The Politics of Precedent in International Law: A Social Network Application », *American Political Science Review* 108 2014, pp. 547-564 ;
- V. NERLICH, « The Status of ICTY and ICTR precedent in proceedings before the ICC », in C. STAHN ET G. SLUITER, *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, The Hague/Boston/London, Nijhoff, 2008, p. 305-326 ;
- E. A. POSNER, J. C. YOO, « Judicial Independence in International Tribunals », 93 *Cal. L. Rev.* 1 2005, pp. 75 Disponible sur <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol93/iss1/1> (consulté le 26/02/2015) ;
- B. SIMMA, « Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner », *European Journal of International Law* 2009, Vol. 20, Issue 2, p. 265-297, Disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1433972> (Consulté le 04/06/2015) ;
- L. VAN DEN HERIK, « Using Custom to Reconceptualise Crimes against Humanity », in S. Darcy et J. Powderly (dir.), *Judicial Creativity At The International Criminal Tribunals*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 80-105, Disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1989918> (consulté le 04/06/2015).