



## OSSERVATORIO SULLA CORTE INTERNAZIONALE DI GIUSTIZIA N. 3/2015

### 1. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE DEVANT LA COUR PENALE INTERNATIONALE

Des études très récentes témoignent l'attention particulière que la doctrine continue d'accorder à la fonction juridictionnelle de la Cour (S. FORLATI, *The International Court of Justice. An Arbitral Tribunal or a Judicial Body ?*, Berlin, Springer, 2014; G. HERNANDEZ, *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford, OUP, 2014), à l'importance de sa jurisprudence (H. THIRLWAY, *The Law and Procedure of the International Court of Justice. Fifty Years of Jurisprudence*, Oxford, OUP, 2013) et à son influence sur le développement du droit international (A. PELLET, *Shaping the Future in International Law : The Role of the World Court in Law-Making*, in *Looking to the Future. Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2010, p. 1065-1083; C. TAMS, J. SLOAN, *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford, OUP, 2014).

L'autorité de la Cour se confirme même quand l'on change de point de vue et l'on regarde à l'influence de sa jurisprudence sur le système de la Cour pénale internationale (CPI), une perspective d'analyse qui est rarement adoptée et qui pourrait surprendre. Les décisions de la CPI dans ces premières années d'activité montrent qu'une place importante est accordée à la jurisprudence de la Cour aussi bien dans l'établissement des faits que des règles applicables, qu'elles soient de nature substantielle ou procédurale. Les décisions les plus significatives sont examinées dans les paragraphes suivants.

#### 1. L'établissement des faits

La décision de la Chambre préliminaire qui a confirmé les charges en l'affaire *Le Procureur c. Lubanga* (ICC-01/04-01/06, décision du 29 janvier 2007) a dû se pencher sur la qualification du conflit armé dans le contexte duquel Lubanga était accusé d'avoir commis le crime de guerre consistant à procéder à la conscription et à l'enrôlement d'enfants de moins de 15 ans dans un groupe armé et à les faire participer activement à des hostilités. La définition de «conflit armé international» n'étant pas fournie par le Statut, la Chambre s'est appuyée – au sens de l'article 21(1)(b) et dans le respect de l'article 21(3) du Statut – sur «les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés» (par. 205). En particulier, la Chambre a adopté l'interprétation retenue par le Tribunal pénal international pour l'ex Yougoslavie (TPIY) dans l'affaire *Tadic* (IT-94-1-A, décision du 15 juillet 1999).

L'on notera que la décision de la CPI a accepté que la détermination de la nature internationale d'un conflit armé repose sur l'application du critère du « contrôle global » (par. 211). En ce qui concerne la norme applicable et notamment le critère d'attribution à un Etat des conduites d'un groupe armé privé, la CPI a donc rejoint le TPIY en s'écartant, selon une jurisprudence désormais constante, de la jurisprudence *Nicaragua* et du critère du « contrôle effectif » retenu par la Cour.

Malgré cela, la décision de la Chambre préliminaire repose entièrement sur un précédent de la CIJ quand elle passe à l'établissement des faits pertinents. L'établissement de la nature internationale du conflit armé en Ituri entre juillet 2002 et juin 2003 découle, pour la CPI, de l'établissement des faits que la Cour avait effectué dans l'affaire concernant les *activités armées sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda). A ce moment, l'Ouganda avait été considéré par la Cour comme étant une puissance occupante et, par conséquent, la CPI en a conclu qu'avant la date du retrait effectif de l'armée ougandaise le conflit devait être qualifié de conflit international (par. 212-220). L'arrêt de la CIJ a donc joué un rôle essentiel puisque les autres preuves tendant à montrer l'intervention directe ou indirecte du Rwanda dans le conflit armé en Ituri à la même époque n'ont pas été considérées suffisantes par la CPI (par. 221-226).

## 2. L'établissement des normes applicables

Plus souvent, la CPI a eu recours à la jurisprudence de la Cour pour combler les lacunes du Statut de Rome et préciser le contenu des dispositions applicables.

L'affaire *Al Bashir* a avant tout fourni à la CPI l'occasion de se pencher sur la question de l'immunité d'un chef d'un Etat n'étant pas partie au Statut de Rome. En 2011, la Cour a établi la violation de la part du Malawi de l'obligation de coopération prévue à l'article 87 du Statut de Rome pour n'avoir pas arrêté et transféré à la CPI Al Bashir qui était au Malawi pour participer à une conférence du COMESA (*Le Procureur c. Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, décision du 12 décembre 2011). La CPI a considéré que l'immunité *ratione personae* du chef d'Etat, pourtant bien établie en droit international, ne concerne que les juridictions internes: la norme coutumière ne s'étendrait pas aux juridictions internationales (par. 36). A cet égard, dans l'analyse de la portée de la norme sur l'immunité *ratione personae* la CPI accorde un rôle très important à l'arrêt de la Cour dans l'affaire du *Mandat d'arrêt* (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, CIJ Recueil 2002, par. 61) selon lequel un organe de l'Etat jouissant de l'immunité *ratione personae* « peut faire l'objet de poursuites pénales devant certaines juridictions pénales internationales dès lors que celles-ci sont compétentes » (par. 33). Par conséquent, le Malawi ne pouvait pas invoquer l'article 98(1) du Statut de Rome pour justifier la violation de son obligation de coopération avec la CPI (par. 43).

Or, l'importance accordée à la jurisprudence de la Cour est tout à fait compréhensible s'agissant de préciser la portée d'une norme du droit international général (voy. à cet égard les remarques de la Cour dans la décision concernant l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro), arrêt, CIJ Recueil 2007, par. 403). Toutefois, il faut admettre que le passage de l'arrêt de la Cour pourrait se prêter à une interprétation différente de celle retenue par la CPI et la solution adoptée ne paraît pas entièrement conforme au Statut de Rome dans la mesure où ce dernier reconnaît, dans certaines circonstances, l'opposabilité devant la CPI de la norme sur l'immunité *ratione personae*.

Les décisions plus récentes de la CPI qui se sont à nouveau penchées sur la question, d'une part, confirment l'obligation des Etats parties d'arrêter et de transférer Al Bashir s'il se trouvait sur leur territoire et, de l'autre, semblent utiliser des arguments nouveaux pour justifier le fait qu'Al Bashir ne puisse invoquer son immunité *ratione personae* (*Prosecutor v. Al Bashir*, ICC-02/05-01/09, décisions du 9 avril 2014 et du 13 juin 2015). La CPI y a surtout abordé la question de la position de l'Union africaine – selon laquelle les chefs d'Etat et de gouvernement ne peuvent pas être contraints de paraître devant un tribunal pénal international durant leur mandat – et du conflit entre cette position et l'obligation de coopérer avec la CPI. La décision de 2014 explique que l'obligation des Etats parties de respecter les décisions de l'Union africaine ne peut pas primer, au sens des articles 25 et 103 de la Charte des Nations Unies, sur la résolution 1593(2005) du Conseil de sécurité et que c'est la résolution du Conseil de sécurité à avoir «implicitly waived the immunity granted to Omar Al Bashir under international law» (décision du 9 avril 2014, par. 29). Ce qui pourrait impliquer que la CPI a modifié l'interprétation précédente de l'arrêt de la Cour.

La même affaire a fourni à la CPI l'occasion de se prononcer pour la première fois sur les normes du Statut de Rome visant le crime de génocide. Il s'agit de la décision concernant la délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de *Al Bashir* (ICC-02/05-01/09, décision du 4 mars 2009). La définition du crime de génocide contient deux éléments caractéristiques : le groupe qui peut faire l'objet d'actes de génocide et l'intention spécifique de l'auteur. Aussi bien pour préciser les critères d'identification du groupe des victimes que pour déterminer le contenu de l'élément subjectif du crime de génocide, la décision de la CPI atteint à pleines mains à la jurisprudence de la Cour. Alors qu'on aurait pu s'attendre à un renvoi aux décisions des tribunaux pénaux *ad hoc*, qui avaient déjà clarifié le contenu des différents éléments de ce crime aux fins de l'établissement de la responsabilité pénale individuelle, le «modèle» de la CPI est l'arrêt de la Cour dans l'affaire du génocide (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, arrêt, CIJ Recueil 2007, p. 43). Certes, les notes de bas de page ne manquent pas de faire référence aux décisions pertinentes du TPIY et du TPIR. La CPI cite des passages entiers de l'arrêt de 2007 pour affirmer que le groupe visé doit être défini de manière positive, que le dol spécial se distingue de l'élément subjectif du crime de persécution et pour déterminer quels sont les critères permettant d'établir l'existence de l'intention génocidaire (voy. en particulier par. 191-194 et 142-146).

La préférence accordée à la jurisprudence de la Cour peut s'expliquer par la nature de la norme que la CPI doit appliquer. Il s'agit d'une norme primaire appartenant au droit international général qui implique aussi bien la responsabilité des Etats que la responsabilité pénale individuelle. Le choix de la CPI a pour conséquence, tout à fait appropriée, de garantir une interprétation et une application uniformes de la *même* norme générale qui entraîne les conséquences différentes des deux régimes de responsabilité internationale (voy. en général B. I. BONAFÉ, *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2009).

Par contre, ce qui peut surprendre est que la CPI accorde la même préférence aux règles applicables en matière de preuve. En effet, ce choix est plus difficile à partager puisque le niveau de preuve requis peut bien varier en fonction des finalités différentes des deux régimes de responsabilité étatique et pénale individuelle aussi bien que des différentes phases de la procédure devant la CPI.

Du moment que dans son arrêt de 2007 la Cour avait retenu le critère de «la seule conclusion raisonnable» - c'est-à-dire de la preuve au-delà de tout doute raisonnable – la

CPI en a fait de même et a affirmé devoir appliquer le même critère à la délivrance d'un mandat d'arrêt au sens de l'article 58 de son Statut (voy. par. 194-195). Mais, n'ayant pas suffisamment de preuves, la décision avait dû en conclure que le mandat d'arrêt ne pouvait pas concerner le crime de génocide (par. 202-206). Plus tard, la Chambre d'appel annulera cette partie de la décision pour retenir un critère moins rigoureux (l'existence de « motifs raisonnables » de croire que Al Bashir avait une intention génocidaire) aux fins de l'application de l'article 58 (ICC-02/05-01/09-OA, décision du 3 février 2010, par. 29-39). C'est ainsi que la Chambre préliminaire délivrera un second mandat d'arrêt incluant le crime de génocide (ICC-02/05-01/09, décision du 12 juillet 2010).

Une troisième décision mérite une attention particulière. Il s'agit de la décision de la Chambre de première instance dans l'affaire *Le Procureur c. Ruto* (ICC-01/09-01/11, décision du 17 avril 2014). L'accusation demandait à la CPI d'ordonner la comparution de certains témoins qui étaient censés fournir des preuves particulièrement importantes et qui ne voulaient plus témoigner. La première partie de la décision aborde la question du pouvoir de la CPI d'ordonner la comparution des témoins, un pouvoir qui, selon la CPI, est bien reconnu par une norme procédurale du droit international coutumier (par. 65). La CPI rappelle que l'article 21 du Statut lui permet d'appliquer les « principes et les règles du droit international » (par. 66) et considère que : « Centrally to be considered in this regard is the import of the judgments of the International Court of Justice in a number of cases concerning the incidental or implied powers of an international institution » (par. 67).

C'est ainsi que la CPI dédie une grande partie de sa décision à une analyse détaillée de la jurisprudence de la Cour (par. 68-81) pour en dégager l'existence d'un principe général *du* droit international concernant les pouvoirs implicites des organisations internationales : « An international institution — particularly an international court — is deemed to have such implied powers as are essential for the exercise of its primary jurisdiction or the performance of its essential duties and functions » (par. 81). L'application de ce principe général serait confirmée par de nombreux éléments de la pratique internationale et la CPI en conclut que l'article 4(1) du Statut de Rome fournit un fondement suffisant à son pouvoir d'ordonner la comparution des témoins (par. 94).

### 3. Conclusions

L'autorité de la Cour et de sa jurisprudence peut s'apprécier même par rapport à l'activité d'un tribunal international, comme la CPI, qui exerce une fonction totalement différente étant compétent à établir une responsabilité individuelle, et non étatique, entraînant des sanctions pénales.

Le recours à la jurisprudence de la Cour de la part de la CPI fait partie d'une pratique désormais généralisée d'interprétation des normes « internes » (notamment le Statut de Rome) à la lumière du droit international « extérieur » tel qu'interprété et appliqué par les juridictions internationales. La jurisprudence internationale fournit à la CPI la preuve de l'existence de normes internationales, la plupart du temps non écrites, qui peuvent être utilisées – au sens de l'article 31(3)(c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités – pour combler les lacunes des sources internes. Rien d'étonnant alors que la CPI fasse référence aux décisions de la Cour. Ce qui pourrait surprendre est par contre la préférence qu'elle accorde parfois à la jurisprudence de la Cour, par rapport à celle d'autres tribunaux. Ce qui pourrait s'expliquer par la volonté de trouver un fondement « solide » aux normes qu'elle applique, plus solide que la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* – souvent critiqués –

découlant d'une juridiction ayant une compétence, du moins en théorie, générale. De toute manière, ceci ne fait que confirmer la perception de l'autorité de la Cour qu'ont des juridictions œuvrant dans des domaines spécifiques du droit international.

Plus en général, la possibilité de s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour permet à la CPI d'assurer une uniformité dans l'établissement des faits et dans l'application des normes internationales qu'il s'agisse de normes substantielles régissant aussi bien la responsabilité des Etats que la responsabilité pénale individuelle – c'est le cas par exemple de la définition du crime de génocide – ou de normes procédurales applicables devant une juridiction permanente ou un tribunal pénal international – c'est le cas par exemple de la théorie des pouvoirs implicites. Toutefois, cette exigence d'uniformité ne peut effacer la différence entre les fonctions exercées par les deux cours et la nécessité d'appliquer dans certaines circonstances des règles différentes, comme dans le cas du régime de la preuve (voy. à cet égard B. I. BONAFÉ, *Responsabilité de l'Etat et responsabilité individuelle pour crime de génocide: une séparation purement théorique?*, in *questa Rivista*, 2014, p. 130).

BEATRICE I. BONAFÉ