

---

## Les sources du droit international pénal : L'expérience des tribunaux pénaux internationaux

---

### Direction scientifique :

Mireille DELMAS-MARTY, *Professeur au Collège de France*  
Emanuela FRONZA, *Assegnista di ricerca, Université de Modène et Reggio Emilia*  
Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD, *Chargée de recherche CNRS*

UMR de droit comparé de Paris  
UNITE MIXTE DE RECHERCHE DE DROIT COMPARE DE PARIS

Juin 2004



Le présent document constitue la synthèse du rapport scientifique d'une recherche financée  
par le GIP Mission de Recherche Droit et Justice, subvention n° 22.10.03.25.  
Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs.  
Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord du GIP.

Synthèse rédigée par M. Jerome De Hemptinne

Les opinions exprimées dans ce commentaire sont celles de l'auteur  
et n'engagent nullement le Tribunal international ou l'Organisation des Nations Unies

## NOTE DE SYNTHÈSE

- A. Membres de l'équipe de la recherche
- B. Problématique et objectifs
- C. Énonciation et justification des choix méthodologiques
- D. Déroulement de la recherche et conclusions principales
  - 1. *Elaboration d'une grille de recherche*
  - 2. *Réunion des responsables de l'équipe*
  - 3. *Première phase de l'étude*
  - 4. *Deuxième phase de l'étude*
  - 5. *Séminaires d'évaluation des travaux de l'équipe*
- E. Pistes de réflexion et applications envisageables
  - 1. *Pistes de réflexion*
  - 2. *Applications envisageables*

## **A. Membres de l'équipe de la recherche**

La présente recherche a été réalisée par les chercheurs suivants :

**Gabriele DELLA MORTE,**

*Docteur en droit, Assegnista di ricerca en droit international, Università de Milan*

**Emanuela FRONZA**

*Docteur en droit, Assegnista di ricerca en droit pénal, Università de Modène et Reggio Emilia*

**Jérôme DE HEMPTINNE**

*Juriste, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*

**Elisabeth LAMBERT-ABDELGAWAD**

*Chargée de recherche CNRS, UMR de droit comparé de Paris*

**Andrea LOLLINI**

*Docteur en droit, Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, Université de Bologne*

**May LUEKEN**

*Doctorante à l'Institut Universitaire Européen (Fiesole- Italie), Juriste TPIR*

**Ezequiel MALARINO**

*Doctorant en droit pénal à l'Université de Macerata en cotutelle avec l'Université de Paris I, « Docente » en droit pénal à l'Université de Buenos Aires*

**Marianne SARACCO**

*Juriste, Cour Pénale Internationale*

**Carlo SOTIS**

*Ricercatore en droit pénal, Université de Milan*

## B. Problématique et objectifs

La recherche repose sur un constat de départ : les processus d'internationalisation du droit et de la justice, ou mieux de mondialisation, marquent aujourd'hui le champ pénal. Les Tribunaux Pénaux Internationaux *ad hoc* pour l'ex Yougoslavie et le Rwanda sont une illustration exemplaire de ce phénomène et peuvent constituer un laboratoire d'observation privilégié concernant le système de sources du droit pénal international, les mutations par rapport au système pénal national, ainsi que pour analyser le rôle (central) assumé par le juge dans ce processus de création et d'élaboration des normes.

La problématique au cœur de la recherche était la question suivante : comment naît la norme pénale internationale ? Il s'agit, en effet d'une recherche sur la *méthode d'élaboration* d'un droit en création. C'est à partir de l'examen de l'activité de ces deux juridictions que l'on a pu dégager la spécificité de cette discipline par rapport aux mécanismes d'élaboration des normes pénales internationales, aux missions des juges, et aussi par rapport au droit pénal étatique et au droit international classique. En effet, le droit international pénal accompagne et appelle une mutation à la fois du droit pénal et à la fois du droit international classique, en ce qui concerne la méthode et le contenu. Toutefois l'état embryonnaire du droit international pénal et les dynamiques de production de ces normes appellent également un renouvellement du droit comparé, en tant que méthode notamment. En effet, les juges internationaux, (et maintenant aussi l'article 21, lettre c) du Statut de la Cour pénale internationale), revendiquent souvent l'utilisation de la méthode comparative (droits nationaux ou Cours régionales). Ainsi les juges internationaux, soucieux de représenter une culture juridique plurielle et en vue de légitimer leur solutions (souvent face à une lacune – de droit de fond ou de procédure -) font davantage appel à la jurisprudence et aux notions juridiques théoriques développées au niveau étatique ou régional. Cette dynamique tout à fait nouvelle, dessine un nouveau paysage avec des acteurs différents et avec de nouvelles méthodologies.

Dans le cadre d'une étude sur les sources du droit international pénal à la lumière de l'expérience des Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc*, on a identifié comme questions fondamentales l'examen de l'utilisation des sources classiques du droit international, du droit international des droits de l'homme, ainsi que des rapports entre le droit pénal international et le recours aux différents droits pénaux nationaux, considérant, notamment, leur influence mutuelle. Enfin une problématique fondamentale, et qui se retrouve d'une manière transversale et selon des perspectives différentes dans tous les Rapports, a été la réflexion sur le contexte (spécifique) dans lequel les acteurs de la justice pénale internationale opèrent. Un autre aspect fondamental, dont l'importance a émergé d'une manière transversale dans tous

les Rapports, est que les juges assument un rôle davantage plus important, à tel point que l'on hésite pas à qualifier la *jurisprudence en tant que source* – principale – du droit international pénal.

L'objectif principal de la recherche a donc été celui d'identifier les sources du droit international pénal, leur hiérarchie / priorité à partir de l'expérience des TPI, en analysant aussi dans quelle mesure leur activité a influencé le système de sources prévu dans le Statut de la Cour pénale internationale. La recherche proposée comprend donc tout d'abord un travail sur les différentes sources – au centre desquelles nous placerons les sources du droit international général, la jurisprudence et le droit comparé – du droit international pénal, analysées sous l'angle du droit pénal et du droit international et dans la perspective d'un droit pénal à vocation universelle. Cette analyse des sources suppose également et conjointement l'étude des *acteurs* qui participent à l'élaboration de la norme internationale pénale. L'étude des sources vise aussi à vérifier si, au travers des principes et règles élaborés par les juges des TPI à partir de méthodes et de sources diverses, se dessinent des interactions entre les différents niveaux normatifs. Cet aspect revêt une importance particulière par rapport à l'usage de la méthode comparée et à l'incorporation des droits nationaux parmi les composants de la norme pénale internationale. Il s'agit de déterminer les modes d'élaboration de la norme internationale pénale au travers des processus et mouvements de circulation de la norme passant par des interactions plus ou moins organisées et plus ou moins fortes entre les différents espaces et niveaux normatifs qui composent l'univers juridique international pénal. Dans cette perspective, nous avons accordé une attention particulière à la méthode comparée et à l'usage par les TPI des droits pénaux nationaux. Il fallait tout d'abord déterminer comment les droits nationaux deviennent source du droit international pénal, puis identifier quels sont les droits nationaux utilisés et ainsi préciser la notion même de “ droits nationaux ” (ou encore droit interne). Enfin, il s'agissait d'examiner pourquoi et selon quels critères les juges font appel à certains droits pénaux ou à certains systèmes juridiques et pas à d'autres, et dans quelles affaires et à quel degré du jugement (un Rapport de l'équipe, notamment a essayé d'étudier si les sources utilisées peuvent changer en première instance ou en appel).

### C. Enonciation et justification des choix méthodologiques

L'objet de la recherche a imposé l'adoption d'une méthode particulière : d'équipe, tout d'abord, inductive et interdisciplinaire.

La démarche inductive peut être schématisée ainsi : à partir des cas particuliers (les affaires), l'équipe a dégagé une réflexion théorique générale sur les sources et les acteurs de ce processus fondateur du droit international pénal. La lecture des affaires a, dans un premier temps, permis d'isoler les sources utilisées par les juges et leur hiérarchie. On a ensuite essayé d'identifier les méthodes utilisées pour élaborer les principes, règles et critères de définition des notions dégagées par les juridictions.

Ce choix méthodologique se base sur les convictions suivantes : les processus d'internationalisation du droit et la nécessité de protection des droits de l'homme révèlent de manière manifeste des phénomènes marquant les droits pénaux nationaux. Parmi ceux-ci, deux tendances nous intéressent particulièrement. Tout d'abord, l'ouverture du système pénal. Celui-ci se présente à la fois comme moteur et objet de ces processus. Cette ouverture participe de réactions diverses de la part du système pénal à l'égard des processus d'internationalisation dans la mesure où à la fois il les subit, y résiste et les nourrit. Ensuite, la transformation du visage et du contenu du principe fondamental de la légalité – notamment dans la mesure où le droit (pénal) se présente aujourd'hui davantage comme le résultat d'ensemble de la législation, de la jurisprudence et de la doctrine. Le droit international pénal ne se présente pas, encore à ce jour, comme un *jus positum* dans ce domaine. Au sein de ce processus, le juge détient un rôle et une place déterminants voire prépondérants, à tel point qu'il est permis d'élever la jurisprudence au rang de véritable source. Si les vides et les silences juridiques apportent à ce constat une explication pertinente, celle-ci ne saurait qu'être partielle. D'autant que la place et le rôle du juge se trouvent confirmés voire confortés par le Statut de la Cour pénale internationale qui, bien qu'il contienne des dispositions de droit pénal général et une disposition sur le droit applicable (art. 21 du Statut), réserve aux juges un rôle considérable, quoique moindre par rapport aux TPI.

Tout cela a imposé aussi une méthode interdisciplinaire. Le domaine du droit international pénal est en effet caractérisé par une superposition des sciences, et doit donc s'appuyer sur des savoirs différents. À titre principal, le droit international et le droit pénal, mais également les sciences politiques et l'histoire, afin de saisir et de ne pas négliger dans la réflexion le contexte, le cadre d'application de ce droit. En effet, l'analyse du droit international pénal, partant de la jurisprudence des TPI, ne peut se faire aujourd'hui en

maintenant cloisonnées les disciplines intéressées par le droit international pénal. Toutefois il s'agit aussi d'une interdisciplinarité entre disciplines juridiques différentes, mais aussi entre approches diverses (romano-germanique et *common law* ; approche théorique et approche pratique). Il s'agit, donc, de dépasser les antagonismes (*common law* et *civil law* ; droit international et droit pénal ; domaine international et domaine national) sans gommer pour autant les divergences et points de tension et de résistance. Dans ce but l'équipe avait une composition internationale, incluant spécialistes de droit pénal, de droit international, provenant de différentes traditions juridiques.

La transformation constante de cette discipline impose la nécessité de dégager les outils méthodologiques permettant d'analyser les arrêts de manière générale (comme un tout) et les différentes notions juridiques de manière spécifique (c'est-à-dire au sein de l'affaire étudiée mais également dans le cadre des différents arrêts qui y ont eu recours). Ils ont en outre amené à utiliser la comparaison à la fois comme méthode et instrument fondamental pour dégager des notions et principes directeurs communs en matière pénale.

## **D. Déroutement de la recherche et conclusions principales**

### **1. Elaboration d'une grille de recherche**

Les éléments de la grille ont été définis collectivement lors de la première réunion de l'équipe du 23 janvier 2003. Les arrêts d'appel des deux TPI ont été répartis entre les différents chercheurs, chacun étant chargé de remplir cette grille d'analyse commune pour l'arrêt le concernant. La grille, outil de dépouillement de la jurisprudence, a été élaborée selon les motifs d'appel pour les différentes affaires. Pour chaque motif d'appel, ont été considérés : les éléments d'identification de l'affaire, la qualité de l'accusé, la composition du tribunal, les questions posées aux juges, la hiérarchie des sources selon l'argumentation des parties et selon la réponse du tribunal, les références respectivement au droit international écrit, au droit international non écrit, à la jurisprudence internationale, à la propre jurisprudence du TPI (précédent), l'utilisation des droits nationaux et/ou de la méthode comparative, les méthodes d'interprétation des normes écrites. Ce premier travail s'est révélé plus complexe que l'équipe ne l'avait imaginé : masse impressionnante de références ne suivant pas souvent un ordre précis, appréciation délicate d'une certaine priorité qui serait donnée à certaines sources notamment, interprétation différente des précédents. Cette grille a eu l'intérêt, d'une part de faciliter le travail de recherche de chacun des participants, d'autre part de révéler l'absence de « logique », ou de logique unique, dans le choix des références opérées par les juges, ce qui

renforcerait l'intérêt d'une étude déductive, partant des cas concrets, tant la démarche des juges semble être pragmatique, ou, tout au plus, stratégique.

## **2. Réunions des responsables de l'équipe**

Les responsables scientifiques se sont réunis les 23 mai et 30 juin 2003.

➤ A été associée également à la réunion du 23 mai Mme Hélène Ruiz Fabri, nouvelle directrice de l'UMR de droit comparé.

La réunion du 23 mai a été consacrée, pour l'essentiel, à la détermination des thèmes d'étude à retenir, compte tenu des résultats obtenus dans la grille de recherche. En vue de cette détermination, les responsables ont pris en considération les études déjà intervenues en la matière, notamment de la part de certains chercheurs de l'UMR, ou travaillant en collaboration avec l'UMR et essayé de rédiger une liste de sujets à aborder de la part de l'équipe. Les Statuts des TPI ne comportent pas de disposition expresse relative au droit applicable (contrairement à l'article 21 du Statut de la CPI); les juges ont affirmé à plusieurs reprises le caractère subsidiaire du recours aux droits nationaux et à la méthode comparative, en vue uniquement de combler les lacunes du droit international écrit et non écrit, selon la même logique de l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice et de l'article 21 du Statut de Rome. Par conséquent, l'analyse de l'appréhension du droit international général, écrit et non écrit, les méthodes de références du juge aux droits internes, paraissaient fondamentales. Les thèmes de l'étude ont été divisés selon les différentes sources formelles du droit international (droit écrit, coutume, principes généraux du droit, jurisprudence); une partie de l'équipe s'est occupée d'analyser le recours aux droits nationaux dans le domaine du droit pénal de fond et de la procédure. La troisième partie comprenait des études transversales sur l'élaboration du droit international pénal par les juges et sur leur rôle, en tant qu'acteurs principaux de l'élaboration de la norme pénale internationale.

➤ Lors de la réunion du 30 juin, les responsables ont débattu à nouveau des thèmes de l'étude, se sont interrogées sur la forme que devrait prendre les journées de présentation à Paris et à Bologne, et ont également réfléchi à une éventuelle publication et aux moyens de diffuser les résultats de la recherche.

### **3. Première phase de l'étude : la mise en relation de la jurisprudence avec les différentes sources du droit international pénal**

La première phase a consisté en une étude et une analyse des sources formelles et matérielles. Le point de départ pour l'équipe a été le droit appliqué par les deux TPI, à savoir les sources classiques du droit international général telles qu'énoncées par l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice et qui ont inspiré la rédaction de l'article 21 du Statut de la Cour Pénale Internationale. D'où la nécessité de se concentrer dans un premier temps respectivement sur le droit écrit et sur le droit non écrit, et notamment les principes généraux du droit et la coutume. En effet dans le domaine du droit pénal et de la procédure pénale, les deux TPI ont souvent fait référence à la coutume et aux principes généraux du droit.

Les autres contributions de la première partie ont trait à la jurisprudence et au recours aux droits nationaux. Par rapport à la jurisprudence, on peut remarquer la tendance au sein des juges des TPI à citer davantage leurs propres arrêts, sans totalement négliger la jurisprudence d'autres organes internationaux ou nationaux. Pour cette raison, il a paru important de consacrer une contribution qui étudie de façon approfondie l'utilisation de cette source, ainsi que le rôle du précédent. Une autre contribution a analysé le droit applicable devant la Chambre d'Appel. L'analyse du recours aux droits nationaux se compose de plusieurs contributions : elle est l'occasion d'étudier à nouveau le Règlement de Preuve et de Procédure, non plus comme droit appliqué dans le cadre du droit écrit, mais comme droit élaboré progressivement par les juges. Suite à cette analyse du RPP, le problème était de savoir comment les différents droits nationaux et les traditions juridiques ont été intégrés, tant au niveau du droit substantiel que de la procédure pénale. De cette façon il a été possible d'étudier selon quelles méthodes les droits nationaux sont incorporés par les juges des TPI, selon quels critères ils sont sélectionnés, et surtout de préciser le concept de droit national (loi, jurisprudence, doctrine). Enfin cela a permis d'identifier, encore une fois (après l'étude de la coutume et de principes généraux) quels sont les droits nationaux auxquels les TPI font appel et de vérifier si on prend en compte les différentes traditions juridiques selon une approche pluraliste ou si, au contraire, les juges se limitent à certaines traditions juridiques, et pour quelles raisons ou dans quels cas. Dans ce cadre, un traitement particulier a été réservé à la méthode comparative pour déterminer dans quelle mesure celle-ci est compatible avec le travail des juges et les fonctions qui leur sont assignées. Tout cela devrait permettre de révéler l'ensemble des méthodes de création des normes pénales utilisées par les Tribunaux *ad hoc* en

vue d'en dresser une typologie. Cela constituera ainsi la base pour la réflexion plus générale de la deuxième partie.

#### **4. Deuxième Phase de l'étude : questions transversales**

La deuxième phase de la recherche s'est située dans une perspective transversale et critique d'évaluation des résultats qui émergent de la première phase. Elle se composait d'une contribution concernant le recours de la part des TPI aux normes internationales des droits de l'homme ; il a été intéressant de relever dans quelle mesure les TPI adoptent une interprétation propre, en alléguant une spécificité du contentieux qui leur est posé, au risque de retenir des critères en-deça du droit international des droits de l'homme.

A cette contribution suit une analyse rédigée par trois pénalistes relative au thème de la légalité, notamment de la précision de la norme pénale internationale. Cette contribution en partant du fait que les TPI citent le Statut de Rome comme source, a essayé d'examiner dans quelle mesure la jurisprudence des TPI a été cristallisée dans le Statut de Rome et quels sont les problèmes posés, par rapport au principe de précision, par le texte instituant la Cour pénale internationale. C'est tout d'abord la question des mécanismes d'élaboration de la norme pénale internationale, ainsi que la question des critères d'interprétation au sein d'un droit en création.

Pendant toute la recherche on a pu remarquer dans quelle mesure une étude sur les sources du droit international pénal pose à la fois des questions classiques de la théorie des sources du droit, à la fois des questions nouvelles, inédites. On a pu constater la spécificité qui ne tient pas seulement au champ d'application, mais aussi à ces acteurs provenant de différentes familles juridiques. De tous les Rapports émerge d'une part l'idée selon laquelle l'absence de disposition indiquant les sources et leur hiérarchie a amené les TPI à une application hétérogène du droit, à une recherche des sources déjà existantes (normes internationales, nationales). D'autre part, l'absence d'une disposition explicite sur les sources a amené les juges à élaborer eux-mêmes les normes : cela est évident avec l'étude du RPP.

## **5. Séminaires d'évaluation des travaux de l'équipe**

Deux séminaires ont été organisés, respectivement à Bologne les 12 et 13 mars 2004 et à Paris le 1 avril 2004.

Les deux Séminaires avaient pour but principal d'exposer brièvement les résultats de l'équipe afin d'évaluer et discuter avec des spécialistes de droit international et de droit pénal les travaux avant la rédaction définitive des Rapports. Le dialogue entre les intervenants et les auteurs a été d'une grande aide pour faire progresser la recherche et s'est révélé très utile pour l'équipe. Ces séminaires ont permis de mettre l'accent sur la relative banalité des sources du droit international pénal par rapport aux sources du droit international général (article 38 du Statut de la CIJ), et sur le recours, en cas de lacune du droit international (selon l'appréciation des juges parfois sujette à critique) à certains droits internes, la sélection se faisant de façon souvent casuistique et pragmatique. Ces séminaires, en associant des juges des TPI et avocats ayant exercé devant ces tribunaux, ont également mis en exergue le contexte difficile d'élaboration de ce droit, réalisé souvent dans l'urgence, et sans l'appui de précédents, de telle sorte que les juges se sont trouvés face à un travail immense pour lequel les moyens étaient notoirement insuffisants. Ceci explique, sans les justifier, les constructions parfois désordonnées, incohérentes et critiquables auxquelles ce travail d'énoncé de la norme pénale internationale a donné lieu.

Sous réserve de financement, ces séminaires feront l'objet d'une publication, laquelle pourra bénéficier d'une large diffusion grâce aux Revues diffusées au sein de l'UMR (Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé ; Revue Internationale de Droit Comparé ; Archives de Politique Criminelle), et au réseau de l'UMR de droit comparé.

## **E. Pistes de Réflexion et applications envisageables**

### **1° Pistes de réflexion**

Certaines pistes de réflexion peuvent être directement dégagées des résultats de la recherche présente. On en citera un certain nombre, sans prétendre à l'exhaustivité : Les rapports entre l'indépendance des juges et des juridictions pénales internationales et l'élaboration des sources du droit international pénal ; Urgences, contingences politiques et impacts sur la formation des sources du droit international pénal ; le processus d'ingérence de certains Etats et les répercussions dans l'élaboration des sources du droit international pénal ;

l'étude du phénomène de la combinaison des pouvoirs législatifs et judiciaires au sein des TPI.

Les pistes de réflexion à mener concernent donc avant tout les champs d'investigation des politologues et sociologues, pour lesquels une étude de terrain serait fortement complémentaire de celle menée dans le cadre de cette recherche.

Cette recherche appelle également de la part des juristes, l'étude d'autres sujets, étant donné les développements très rapides consécutivement à l'actualité du droit international pénal :

- Comment évaluer l'impact de l'élaboration du droit international pénal devant les TPI sur la future CPI, d'une part, sur les autres juridictions internationales ou internationalisées d'autre part (Tribunal Spécial pour la Sierra Leone, etc...) ? Quelles retombées l'élaboration du droit international pénal sur les autorités nationales aura-t-elle ?
- Comment renforcer la qualité et cohérence de l'élaboration des sources du droit international pénal face à la multitude des acteurs en jeu ?
- Quelles répercussions de l'élaboration du droit international pénal sur le droit international général (notamment sur la coutume, les PGD et la notion de *ius cogens*) ?

## **2° Applications envisageables**

Il n'existe pas en doctrine, à ce jour, d'étude complète sur le sujet des sources du droit international pénal au regard de la pratique élaborée par les TPIY et TPIR. Cette étude, par son champ d'examen et par les conclusions auxquelles elle parvient, a donc un caractère inédit. Il apparaît donc de toute importance que les travaux de cette recherche puissent être publiés, afin d'assurer leur diffusion dans le monde académique et leur connaissance également auprès des praticiens du droit.

Il serait illusoire et ambitieux de considérer que cette étude puisse avoir un impact sur l'élaboration future du droit international pénal. Néanmoins, sa connaissance permettra de prendre conscience d'un certain nombre de pistes de réflexion et de critiques. Ce premier bilan en appelle d'autres, surtout dès lors qu'une jurisprudence pourra être également commentée pour ce qui a trait de la CPI et des autres tribunaux pénaux internationaux.