

**UNIVERSITE NICE SOPHIA ANTIPOLIS
FACULTE INSTITUT DU DROIT DE LA PAIX ET DU DEVELOPPEMENT**

LES DROITS DE LA DEFENSE DEVANT LA COUR PENALE INTERNATIONALE

THESE

pour l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT DE L'UNIVERSITE NICE SOPHIA ANTIPOLIS

Spécialité: Droit public

**Sous la direction de :
Madame Anne Millet-Devalle**

**Présentée et soutenue publiquement
par**

MARIA STEFANIA CATALETA

Le 19 décembre 2014

Jury :

**Professeur Maurizio Arcari, Università Milano Bicocca, rapporteur
Professeur Beatrice Bonafé, Università di Roma La Sapienza, rapporteur
Anne Millet-Devalle, Maître de Conférence (HDR), Université Nice Sophia Antipolis,
directrice de thèse
Professeur Leopoldo NUTI, Università Roma Tre, Dipartimento Scienze Politiche, co-
directeur de thèse
Professeur Jean-Christophe MARTIN, Université Nice Sophia Antipolis**

A mes parents

Les opinions émises dans cet ouvrage doivent être considérés comme propres à l'auteur en sa capacité personnelle et ne reflètent aucune approbation ni improbation de la part de l'Université de Nice-Sophia Antipolis, de l'Université Roma Tre et de la Cour pénale internationale.

AVANT-PROPOS

C'est avec toute ma reconnaissance que je souhaite remercier ma directrice de thèse, Madame Anne Sophie Millet Devalle, pour m'avoir suivi constamment pendant ces années dans mon projet de recherche et pour m'avoir conduit patiemment vers l'aboutissement d'un travail important - tout démerite éventuel n'étant pas imputable à une direction inattentive, mais aux limites personnelles de la rédactrice -.

J'aimerais également remercier mon co-directeur de thèse, le responsable du Département d'études internationales de Sciences politiques de l'Université Roma Tre, le Professeur Leopoldo Nuti, qui, par son assistance et ses conseils, a permis la réalisation de ma cotutelle italienne.

Je souhaiterais remercier l'I.D.P.D. de l'Université de Nice-Sophia Antipolis pour encourager les étudiants étrangers grâce à l'application du critère méritocratique qui caractérise le système universitaire française, à la différence d'autres systèmes nationaux qui, à cause du népotisme et de la corruption, découragent la recherche et empêchent le progrès de la société.

Last but not least, je remercie mon mari Paolo, pour la compréhension et pour n'avoir jamais réalisé ses menaces de brûler tous les livres avec lesquels j'avais inondé notre maison et pour avoir empêché que mon parcours professionnel et universitaire n'engendre la sérénité de notre union conjugale.

Glossaire des sigles, abréviations et acronymes

I – Annuaire, recueils, revues, documents officiels, sigles

A.F.D.I.	Annuaire français de droit international
Art.	Article
A.J.P.	Actualité Juridique Pénale
A.J.I.L.	American Journal of International Law
Ann.	Annuaire
A.U.J.I.L.P.	American University Journal of International Law and Policy
C.A.D.H.	Convention américaine relative aux droits de l'Homme
C.A.D.H.P.	Carte Africaine des droits de l'homme et des peuples
C.C.P.C.	Code de conduite professionnelle des conseils
C.E.D.H.	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des Libertés fondamentales
C.L.R.	Columbia Law Review
Col.J.Tr.L.	Columbia Journal of Transnational Law
Col. Hum. Rts. L. Rev.	Columbia Human Rights Law Review
<i>C.I.J. Rec.</i>	<i>Cour Internationale de Justice Recueil</i>
Col. J.T.L.	Columbia Journal of Transnational Law
Colum. Hum. Rts. L. Rev.	Columbia Human Rights Law Review
D.I.P.	Droit international pénal
D.I.H.	Droit international humanitaire
D.P.I.	Droit pénal international
D.U.D.H.	Déclaration Universelle des Droits de l'Homme
Duke J. Comp. & Int'l L.	Duke Journal of Comparative and International Law
E.C.	Eléments des crimes
E.j.c.c.l.c.j.	European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice
E.J.I.L.	European Journal of International Law
Giur. It.	Giurisprudenza italiana
G.J.I.C.L.	Georgia Journal of International and Comparative Law
Harv. Hum. Rts. J.	Harvard Human Rights Journal
I.C.C.	International criminal court

I.C.L.R.	International Criminal Law Review
I.C.L.Q.	international Criminal Law Quarterly
I.C.J. Reports	International Criminal Justice Reports
Isr. L. Rev.	Israel Law Review
I.Y.B.H.R.	Israel Yearbook on Human Rights
I.Y.H.L.	International Yearbook of Humanitarian Law
J.C.P.	Juris-classeur périodique
J.D.I.	Jurnal de Droit International
J.I.C.J.	Journal of International Criminal Justice
I.C.L.R.	International Criminal Law Review
Iowa L. rev.	Iowa Law Review
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
I.J.C.J.	International Journal of Criminal Justice
I.L.R.	International Law Review
I.Y.H.L.	International Yearbook of Humanitarian Law
L.C.C.	Liste des conseils de la Cour
L.J.I.L.	Leiden Journal of International Law
P.A.J.	Principes régissant l'aide juridictionnel de la Défense
P.I.D.C.P.	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
R.B.D.I.	Revue Belge de Droit International
R.C.	Règlement de la Cour
R.C.A.	République Centrafricaine
R.C.A.D.I.	Recueil des Cours de l'Académie de droit international
R.D.C.	République Démocratique du Congo
R.G.	Règlement du Greffe
Riv. dir. proc.	Rivista di diritto processuale
R.D.P.	Règlement du Procureur
R.G.D.I.P.	Revue Générale de Droit International Public
R.I.C.R.	Revue Internationale de la Croix-Rouge
R.I.D.C.	Revue International de Droit Civil
R.I.D.P.	Revue Internationale de Droit Pénal
R.P.D.P.	Revue pénitentiaire de droit privé
R.P.P.	Règlement de procédure et de preuve
R.Q.D.I.	Revue Québécoise de Droit International

R.R.J.	Revue de la Recherche Juridique
R.S.C.	Revue de Science Criminelle
R.T.D.H.	Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme
R.T.D.P.C.	Rivista trimestrale de diritto e procedura civile
Transn'l L & Cont. Probs.	Transnational Law and Contemporary Problems
Yale L.J.	Yale Law Journal
Y.I.H.L.	Yearbook of International Humanitarian Law
Y.J.I.L.	Yale Journal of International Law
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U.P.C.	Union des patriotes congolais

II – Institutions, organisations non gouvernementales, organes

A.D.C-I.C.T.Y.	Association of Defence Counsel practising before the I.C.T.Y
A.D.A.D.I.P.I.R.	Association des Avocats de la Défense du T.P.I.R.
A.E.P.	Assemblée des Etats Parties
A.G.	Assemblée Générale
A.I.A.D.	Association Internationale des Avocats de la Défense
A.T.N.U.T.O.	Administration transitoire des Nations Unies au Timor Oriental
B.C.P.D.	Bureau du Conseil Public pour la Défense
B.D.	Bureau de la Défense
C.B.D.	Chef du Bureau de la Défense
C.A.D.H.	Cour Inter-Américaine des droits de l'homme
C.D.I.	Commission de droit international
C.d.S.	Conseil de Sécurité
C.E.D.H.	Cour européenne des droits de l'homme
C.E.T.C.	Chambres Extraordinaires auprès des Tribunaux Cambodgiens
C.I.C.R.	Comité international de la Croix-Rouge
C.I.J.	Cour internationale de justice
Comm. E.D.H.	Commission européenne des droits de l'homme
C.P.I.	Cour pénale internationale
D.I.P.	Droit international pénal
D.P.I.	Droit pénal international
E.P.	Etats Parties

E.U.	European Union
F.I.N.U.L.	Forces intérimaires des Nations Unies au Liban
I.C.C.	International Criminal Court
I.C.T.Y.	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
I.C.T.R.	International Criminal Tribunal for Rwanda
I.D.P.D.	Institut du Droit de la Paix et du Développement
I.H.H.L.	International Institute of Humanitarian Law
I.I.D.U.	Institut International de Droit Umanitaire
M.I.N.U.K.	United Nations Interim Administration Mission in Kosovo
N.U.	Nations Unies
O.N.U.	Organisations des Nations Unies
O.N.U.S.T.	Organisme des N. U. chargé de la surveillance de la Trêve
S.A.V.T.	Section d'appui aux victimes et aux témoins
S.C.S.L.	Spécial Court for Sierra Leone
S.d.N.	Société des Nations
S.G.M.	Seconde Guerre Mondiale
St.	Statut
T.M.I.E.O.	Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient
T.M.I.N.	Tribunal militaire international de Nuremberg
T.P.I.	Tribunaux pénaux internationaux
T.P.I.R.	Tribunal pénal international pour le Rwanda
T.P.I.Y.	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
T.S.L.	Tribunal Spécial pour le Liban
T.S.S.L.	Tribunal spécial pour la Sierra Leone
U.E.	Union européenne
U.N.I.I.C	U. N. International Independent Investigation Commission
U.N.O.D.O.C.	United Nations Office against drug and crime

PREMIERE PARTIE
LES DROITS DE L'ACCUSE DANS LE STATUT DE ROME : TRADUCTION D'UNE
EVOLUTION DU PROCES PENAL INTERNATIONAL

TITRE I. LE SYSTEME GENERAL DES GARANTIES DE LA DEFENSE OFFERTES
PAR LE STATUT DE LA COUR

CHAPITRE 1. LA PROTECTION DES DROITS DE L'ACCUSE DEVANT LA C.P.I.:
L'HERITAGE D'UNE EVOLUTION HISTORIQUE DU DROIT INTERNATIONAL PENAL

CHAPITRE 2. LES PRINCIPES GENERAUX DANS LE STATUT DE ROME : UN OUTIL
INTERPRETATIF DES GARANTIES PROCEDURALES

TITRE II. L'INTERACTION ENTRE DEFENSE ET ACCUSATION DANS
L'ARCHITECTURE DU PROCESS DEVANT LA COUR

CHAPITRE 1. LA DIALECTIQUE ENTRE DEFENSE ET ACCUSATION

CHAPITRE 2. LES ARMES DE LA DIALECTIQUE : LES MOYENS DE PREUVE

SECONDE PARTIE
LES DROITS DE L'ACCUSE DANS LE STATUT DE ROME: MATRICE D'UNE
EVOLUTION DU PROCES PENAL INTERNATIONAL

TITRE I. LA PROTECTION DES DROITS DE LA DEFENSE DANS LES TEXTES
PROCEDURAUX DE LA C.P.I., UNE TENDANCE EVOLUTIVE

CHAPITRE 1. LA CONSECRATION DES DROITS DE LA DEFENSE DANS LE STATUT DE
ROME

CHAPITRE 2. LA PROTECTION DE L'ACCUSE PAR LES AUTRES TEXTES FONDAMENTAUX
DE LA COUR

TITRE II. L'APPORT DU SYSTEME DE ROME A L'EQUITE DU PROCES PENAL
INTERNATIONAL

CHAPITRE 1. LES EFFETS EXTERIEURS AU SYSTEME DES GARANTIES DE LA DEFENSE :
UNE COMPARAISON AVEC LES DROITS DES VICTIMES

CHAPITRE 2. LES EFFETS EXTERIEURS AU SYSTEMES DE LA COUR : UNE
COMPARAISON AVEC LES DROITS DE LA DEFENSE DEVANT LE T.S.L.

CONCLUSIONS GENERALES

Mots clé

Cour pénale internationale ; Statut de Rome ; droits de la défense ; droits de l'accusé ; droits des victimes ; égalité des armes ; procès équitable ; justice pénale internationale ; droit international pénal ; accusation ; défense ; victimes ; justice de proximité ; Tribunal Spécial pour le Liban ; Tribunaux *ad hoc* ; Tribunaux hybrides ; Tribunaux pénaux internationaux ; Tribunaux internationalisés ; système de *civil law* ; système romano-gérmannique ; système de *common law* ; système anglo-saxonne ; système continental ; système mixte ; modèle inquisitoire ; modèle accusatoire ; *adversarial model* ; plaidoyer de culpabilité ; Bureau du Conseil Public pour la Défense ; Bureau de la Défense ; procès *in absentia* ; procès par contumace ; jugement par défaut ; juge de la mise en état ; Bureau du Procureur ; Greffier ; Règlement de Procédure et de Preuve ; Règlement de la Cour ; Règlement du Procureur ; Règlement du Greffe ; Code de conduite professionnelle des conseils.

*"Aussi irai-je devant ces jurés, la conscience tranquille
et guidé par ma seule force: la défense du vrai,
en quelque lieu qu'il se trouve..."*

Emile Zola
8 février 1898

LES DROITS DE LA DEFENSE A TRAVERS LE PRISME DE LA JUSTICE PENALE INTERNATIONALE

INTRODUCTION

A. Le sujet du travail

1. L'observation du phénomène

i. La justice sommaire : le procès contre Maddalena Lazzari, sorcière à Bormio en l'an 1673

Bormio, un village italien situé dans une vallée des Alpes dénommée Valtellina, fut le théâtre d'un procès pour sorcellerie contre la servante d'un curé, Maddalena Lazzari¹. Les rumeurs, qui obéissaient à la superstition et à la suggestion collective, attribuaient à la servante l'origine de certains phénomènes « incompréhensibles » comme les orages, les morts d'enfants et de vaches, l'impuissance des maris, la sécheresse des cultures et l'acidité du lait. La preuve de ses commerces avec le diable révélait de la *vox populi* et non sur de preuves, car le fait d'« *aver sentuto nominar una stria* »², c'est-à-dire la mauvaise réputation publique d'une femme, suffisait à cette époque à saisir le juge et à donner lieu à une *notitia criminis*, c'est-à-dire à une incrimination formelle. Pendant l'instruction, les inquisiteurs écoutèrent les témoins présumés victimes des maléfices de la sorcière. La témoin Giacomina, une autre sorcière déjà détenue, fut forcée sous la torture à accuser

¹ En Italie, de nombreuses sorcières étaient supposées se nicher dans les zones alpines. Mais, la persécution des sorcières était davantage cruelle et enracinée à Milan et à Come où il était possible d'arriver à exécuter jusqu'à trois cents femmes par an, en général sur l'ordre des frères inquisiteurs de l'Ordre dominicain, particulièrement célèbres pour la singulière sévérité des méthodes qu'ils utilisaient pour extirper l'hérésie, en brûlant les accusées encore vivantes. Afin de limiter la rigueur des dominicains, le pouvoir inquisitoire fut attribué également aux frères mineurs franciscain, en particulier frère *Bernardo* de Como, qui devint connu pour son attitude inquisitoire impitoyable. Ce carnage légal, horrible et continu, selon la définition d'*Alessandro Manzoni*, fut interrompu en 1764 avec une évolution des droits de la défense dérivant des protestations soulevées par de nombreux intellectuels envers ces méthodes. En Italie, cette évolution fut marquée par l'apparition du chef d'œuvre de *Cesare Beccaria* *Dei delitti e delle pene* (1764). Les procès pour sorcellerie furent pratiqués surtout à l'encontre des femmes, considérées comme des symboles de tentation et de péché terrestre. Cependant, certaines poursuites diligentées contre des hommes furent aussi célèbres. Sur l'accusation d'avoir diffusé la peste, en 1630 à Milan (It), *Giangiaco Mora* et *Guglielmo Piazza* furent condamnés à mort par l'Inquisition ; après avoir été attachés à des fers incandescents, avoir eu la main droite coupée, le corps noué à la machine de la roue et les os broyés, ils furent enfin égorgés encore vivants. Après cette affaire scandaleuse, de nombreux intellectuels tels que *Pietro Verri*, dans ses *Osservazioni sulla tortura* (1773) et *Alessandro Manzoni* dans *La Storia della colonna infame* (1844), condamnèrent la légalité de la pratique de la torture afin de maintenir vif le souvenir des erreurs humaines du passé, commis par des hommes chargés de juger d'autres hommes ; M. MONTI, *Processo di Maddalena Lazzari, condannata e giustiziata quale strega in Bormio l'anno 1673*, Tip. Naz. e Municipale di A. Giorgetti, Como, 1864, p. 19 et s.

² Traduction: « ... d'avoir entendu qu'une femme était une sorcière ». G. BERTAGNOLLI, *Il primo processo alle streghe della Val di Non*, La Grafica Anastatica Mori, Rovereto, 1914, pp. 5-6.

la servante de l'avoir emmenée plusieurs fois au bal des sorcières à califourchon sur un balai. Suite aux dépositions, le *Magnum Concilium* décida donc d'arrêter la sorcière.

Le cas fut considéré très grave et l'accusée, les mains liées et les yeux bandés, fut traduite devant le Grand Conseil le lundi 7 novembre 1672. Elle ne fut pas informée des raisons de sa mise en accusation et les actes du procès démontrèrent ensuite que l'accusée ne fut pas assistée par un avocat. Elle fut conduite dans la salle des tortures, soulevée par la corde qui liait ses poignets dans le dos et maintenue en suspension pendant des heures avec des contrepoids qui pesaient jusqu'à 39 livres. La tête et toutes les parties du corps furent rasées. Après avoir été percée avec une aiguille les signes qu'elle présentait sur la peau, considérés comme les « sceaux du diable », Maddalena Lazzari fut torturée nue afin qu'aucun signe ou amulette puisse se cacher³. Elle subit trois mois de tortures dans les oubliettes de la prison et confessa ce qu'elle n'avait jamais accompli, en confirmant tout également *in banco juris* pour donner à la confession l'apparence d'une « volonté libre » non viciée par la torture. Au début de l'année 1673, le Grand Conseil condamna à mort Maddalena Lazzari, qui fut sacrifiée dans une zone alpine appelée « les justices » - où plusieurs sorcières furent brûlées -, la tête coupée, le corps brûlé et ses cendres dispersées dans les eaux du fleuve Adda⁴. Ainsi, la famine de justice et la nécessité d'un coupable s'imposaient au détriment de la vérité et de la dignité humaine⁵.

ii. La justice spéciale : l'affaire Khodr devant le Tribunal de Guantanamo

Omar Khodr, un citoyen canadien, avait 15 ans lorsqu'il fut fait prisonnier par les Américains en Afghanistan et conduit dans la base navale de Guantanamo Bay. Parmi les autres citoyens occidentaux traduit devant le Tribunal Spécial Militaire des Etats-Unis⁶, il était accusé de crimes de guerre pour avoir, en raison de son soutien aux Talibans, lancé une grenade et tué un citoyen américain⁷. Pour ce crime il était prévu l'emprisonnement à vie. Son avocat avait présenté une motion à la Cour Suprême des Etats-Unis pour obtenir un jugement d'inconstitutionnalité du

³ « *Exuatur et ligetur ad tormentum ad majora habenda* ».

⁴ M. MONTI, *Processo di Maddalena Lazzari*, *ibid.*, p. 69.

⁵ « [...] *Da una parte è l'ignoranza, vestita di tutte le forme del diritto, dura, inflessibile, e che procede con metodo : sta dall'altra parte l'innocenza, ma sola, abbandonata, confusa, e che ben non discerne, se il suo infortunio sia un sogno, o la realtà... protesta di essere innocente, sfida la furia dei tormenti, e soltanto agli estremi affranta dagli atroci strapazzi, dal digiuno, dalla solitudine, reputa minor male la morte, sospira di giungervi come in porto di sicurezza, si dà vinta nelle mani dei carnefici e accetta il martirio [...]* » M. MONTI, *ibid.*, pp. 41-42.

⁶ Après l'intervention militaire des Etats-Unis en Afghanistan, le 7 octobre 2001, par le biais de l'opération dénommée « *Enduring Freedom* » - l'opération militaire a été le premier acte officiel de la « guerre au terrorisme » dirigé contre les Talibans responsables d'avoir collaboré avec Osama Bin Laden dans les attentats du 11 septembre 2001 où perdirent la vie environ 3000 personnes - « Renforcement de la liberté », on a beaucoup entendu parlé de la base militaire de Guantanamo Bay, sur le territoire cubain.

⁷ Le Military Commissions Act de 2009 limite la juridiction du Tribunal Spécial à « *non - citizen unlawful enemy belligerents* ».

Tribunal Spécial de Guantanamo ; c'était la première fois, depuis la création du Tribunal, que son inconstitutionnalité prétendue faisait l'objet d'une contestation formelle, mais c'était également la première fois qu'un garçon de quinze ans était poursuivi par une cour militaire qui, contrairement à l'interdiction établie par la Convention contre la torture, admet l'acquisition des confessions que l'accusé a rendu sous la torture. En outre à Guantanamo, des individus comme Omar Khodr, suspectés d'appartenance ou de soutien au groupe terroriste Al Qaïda, sont détenus, jugés selon une procédure non officielle, après avoir été capturés sur le territoire d'autres Etats à travers des opérations de police internationale ou des services secrets.

Guantanamo a suscité de nombreuses protestations de la part de l'opinion publique car elle représente une sorte de *no man's land*, où aucune vérification venant de l'extérieur est permise. Dans la base militaire les accusés sont détenus dans des conditions inhumaines, à temps indéterminé et jugés huis clos. La loi applicable dans la base reste un mystère. Selon une déclaration de la Présidence des Etats-Unis, le droit international sur les prisonniers de guerre découlant des Conventions de Genève de 1949 n'est pas applicable à Guantanamo car l'on ne peut pas parler de conflit. En outre, ni le droit pénal, ni la procédure pénale américains ne seraient applicables, car la base se trouve sur le territoire cubain⁸. La question de savoir s'il s'agit de procès pénal au niveau national ou d'une procédure pénale internationale encore en cours de formation est également ouverte. Enfin, le Tribunal est loin d'être un juge naturel constitué par la loi. De même, il n'y a pas d'organe chargé du pouvoir-devoir de garantir le respect des droits des détenus-prisonniers. L'origine des règles procédurales et leur conformité aux standards internationaux sur le procès équitable ne sont pas plus claires. Le procès contre Omar Khodr a débuté en 2010, huit ans après son arrestation préventive⁹.

iii. La justice universelle : le procès contre Thomas Lubanga Dyilo

Le 14 mars 2012, la Chambre de première instance I de la Cour pénale internationale (C.P.I.) prononce son premier verdict, condamnant l'accusé Thomas Lubanga Dyilo à 14 ans de réclusion¹⁰. Le condamné a été le premier justiciable à comparaître devant la C.P.I.¹¹. Selon les investigations, à partir de la moitié de l'année 2002 jusqu'à la fin de l'année 2003, un conflit armé eut lieu sur le district de l'Ituri, dans la Province orientale de la République démocratique du Congo (R.D.C.),

⁸ Voy. la déclaration de la Présidence des Etats-Unis du 7/02/2002, in *A.J.I.L.* (2002), p. 478.

⁹ Voy. sur le site : <http://www.internationaljustice.nl>, RNW (Radio Netherlands Worldwide) – International Justice Tribune, bi – weekly on line magazine, 10.08.10 ; voy. également W. MASTOR, *La prison de Guantanamo : Réflexions juridiques sur une zone de « non-droit »*, in *A.F.D.I.* (2008).

¹⁰ C.P.I., *Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, affaire n° ICC-01/04-01/06.

¹¹ Voy. Human Rights Watch, "Le procès de Thomas Lubanga", 23 janvier 2009, disponible sur le site www.hrw.org/fr/news/2009/01/23/le-proc-s-de-thomas-lubanga-la-cour-p-nale-internationale.

pour l'appropriation de ressources naturelles et de terres. Le conflit avait vu la participation des Etats voisins et d'autres groupes armés locaux, parmi lesquels les *Forces patriotiques pour la libération du Congo* (F.P.L.C.), l'aile militaire de l'*Union des patriotes congolais* (U.P.C). De nationalité congolaise, le justiciable était accusé d'avoir été le président de l'U.P.C. et le commandant en chef des F.P.L.C.

Au cours du conflit, les F.P.L.C., sous le commandement de Lubanga, avaient adopté une véritable politique de conscription d'enfants appartenant au territoire de l'Ituri, dans la R.D.C., afin de les faire participer activement aux hostilités. Ainsi, un nombre considérable d'enfants, dont certains de moins de quinze ans, avaient été forcés à l'enrôlement ou contraints à rejoindre la milice combattante par le biais d'un appel patriotique de masse en vue de la mobilisation. Les enfants, reclus dans des camps d'entraînement, avant d'être contraints à combattre en première ligne et à tuer avec les armes à feu qui leur avaient été données, subissaient une longue et très dure formation militaire. Certains étaient utilisés comme gardes du corps de l'accusé qui se rendait donc responsable de la politique d'enrôlement d'enfants et de sa mise en application. Il y avait également de petites filles utilisées comme esclaves sexuelles.

Le gouvernement de la R.D.C., après avoir ratifié le Statut de Rome le 11 avril 2002¹², a saisi la Cour le 3 mars 2004. Suite à cette saisine, le Procureur a ainsi ouvert une enquête le 21 juin 2004 et quatre personnes ont été impliquées dans cette procédure : Thomas Lubanga Dyilo, Germain Katanga, Mathieu Ngudjolo Chui et Bosco Ntaganda. Après deux années d'investigations, le 13 janvier 2006, le Procureur a déposé une requête aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre de Lubanga¹³. Suite à un mandat d'arrêt, l'accusé a été arrêté le 10 février 2006 et les autorités congolaises l'ont transféré du centre pénitentiaire de Kinshasa au centre de détention de la Cour à La Haye. L'accusé a comparu pour la première fois devant la Cour le 20 mars 2006, quand la Chambre a vérifié son identité et l'a informé des crimes qui lui étaient imputés et des droits dont il jouissait devant la Cour.

L'audience de confirmation des charges s'est déroulée du 9 au 28 novembre 2006 et le 29 janvier 2007, quand la Chambre préliminaire I a confirmé les charges de crimes de guerre à son

¹² Le Statut est entré en vigueur le 1er juillet 2002.

¹³ Ensuite, dans le cadre de la même Situation en R.D.C., des mandats d'arrêt furent également émis et exécutés à l'encontre de Germain Katanga, condamné le 7 mars 2012, affaire n° ICC-01/04-01/07, Mathieu Ngudjolo Chui, affaire n° ICC-01/04-02/12, Bosco Ntaganda, affaire n° ICC-01/04-02/06, Calliste Mbarushimana, affaire n° ICC-01/04-01/10, contre lequel les charges n'ont pas été confirmés et Sylvestre Mudacumura, encore en fuite.

encontre¹⁴. Enfin, l'affaire a été déférée à la Chambre de première instance I, après sa constitution de la part de la Présidence, le 6 mars 2007. Le procès contre Lubanga a débuté le 26 Janvier 2009. Après une première vérification d'indigence provisoire effectuée par le Greffier, l'aide judiciaire de la Cour a été concédée à l'accusé. Cependant, l'affaire Lubanga s'est bientôt caractérisée par des problèmes rencontrés en matière de défense. Une année seulement après sa désignation, le 21 février 2007, le conseil principal de Lubanga, qui avait été désigné en mars 2006, obtint l'autorisation de se retirer du dossier. Les raisons personnelles du conseil ont été considérées valables par la Chambre préliminaire I. La représentation légale de l'accusé a donc subi une interruption jusqu'au 20 juin 2007, date de la désignation d'un nouveau conseil principal choisi directement par l'accusé. Entre-temps, le changement de conseil avait causé d'inévitables problèmes financiers liés au fait de devoir renouveler l'action défensive selon les exigences imposées par une nouvelle stratégie. Le 14 juin 2007, le Greffier a ensuite accueilli la demande de Lubanga et a accordé les ressources supplémentaires nécessaires à sa défense. Après un long débat, l'accusé a enfin été déclaré coupable des charges retenues.

2. Encadrement du sujet et contextualisation

i. Les droits de la défense devant la Cour pénale internationale

Dans la conception courante propre à l'imaginaire collectif, l'image de l'accusé d'infractions pénales a été toujours associée à une idée de répression, le criminel devant être soumis à un procès et destiné à une sanction pénale à l'issue d'une condamnation. En matière de *delicta juris gentium*, l'accusé est encore plus stigmatisé dans cette conception qui le voit destinataire d'une action manifestement punitive et non d'une action visant à rendre justice selon des canons de légalité propres au procès équitable. Loin de prendre en pitié les responsables de crimes odieux, le présent travail envisage l'importance du respect des droits de la personne qui est accusée d'un crime, en particulier d'un crime sous la compétence de la C.P.I.. Le sujet sera abordé à travers une conception alternative qui voit l'accusé comme destinataire de droits avant de l'être de devoirs, la sanction ne pouvant être juste que suite à un procès juste¹⁵. Selon M. Pastor, le procès doit atteindre «...il

¹⁴ En qualité de co-auteur, Lubanga a été accusé de crimes de guerre consistant en : 1) Crime sanctionné par l'article 8-2-b-xxvi du Statut de Rome : le fait de procéder à l'enrôlement et à la conscription d'enfants de moins de quinze ans dans les F.P.L.C. et de les faire participer activement aux hostilités, dans le cadre d'un conflit armé international de début septembre 2002 au 2 juin 2003 ; 2) Crimes sanctionnés par l'article 8-2-e-vii du Statut de Rome : le fait de procéder à l'enrôlement et à la conscription d'enfants de moins de quinze ans dans les F.P.L.C., et de les faire participer activement aux hostilités, dans le cadre d'un conflit armé ne présentant pas un caractère international, du 2 juin 2003 au 13 août 2003.

¹⁵ M. MENTRI, "Les Statut des Tribunaux Pénaux Internationaux: la recherche d'un équilibre entre les droits des accusés et la fonction répressive", in *Justice and Reconciliation, an integrated approach*, G.-L. BERUTO (Editor), I.I.H.L.-I.D.P.D., Sanremo, 2006, p. 82 et s.; M.-C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal*

bilanciamento di due contrastanti interessi tipici del processo, che sono, da un lato, quello di punire chi ha commesso un delitto (e cioè la più grave forma di aggressione dei beni della vittima), e, dall'altro, di proteggere la dignità e i diritti fondamentali dell'accusato dalla sanzione che lo minaccia"¹⁶. Il s'agit d'une conception qui vise à un procès équitable et au respect des droits de l'accusé, en le préservant de toute forme d'arbitraire au cours du procès.

L'affirmation des droits de la défense et leur épanouissement dans le milieu international suivent en parallèle le développement des droits de l'homme et la sensibilité croissante de la communauté internationale en la matière. L'homme est titulaire de certains droits naturels imprescriptibles dès sa naissance, seule la loi a le pouvoir de limiter l'homme dans la jouissance de ses droits naturels, seule la loi peut permettre qu'un individu soit privé de sa liberté personnelle, arrêté, détenu et condamné. C'est avec la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, en 1948, que ceux-ci et avec eux les droits de la défense s'affirment au niveau international et trouvent dans les Conventions et dans les Constitutions des Etats des très puissants instruments législatifs d'application. A. Cassese considère ainsi comme élevées au rang de *jus cogens* les garanties de la défense indiqués par le droit coutumier et conventionnel¹⁷.

Dans le champ du droit conventionnel, l'Accord de Rome du 1998, qui a institué la C.P.I., en tant qu'expression de la volonté des Etats Parties, a doté la Cour de la légitimité, de l'indépendance et de l'impartialité nécessaires pour réprimer les crimes de droit international commis par les personnes non-étatiques, soustraites au pouvoir répressif national aux cas où l'indépendance et l'impartialité des juridictions domestiques sont viciées en capacité ou volonté¹⁸. En tant que juge naturel établi par la loi, la Cour se compose de magistrats dont la neutralité provient en partie de leurs différentes nationalités, qui les rend plus détachés des faits et par conséquent, plus objectifs. Entrée en fonction en 2002, la C.P.I. est une instance qui est un prototype par rapport aux autres juridictions de la même nature, puisque son pouvoir juridictionnel découle de la volonté et de

Law, 2nd revised ed., Kluwer Law, The Hague, 1999, pp. 123-140.

¹⁶ Le procès doit atteindre « ...le balancement entre deux intérêts contrastants typiques du procès, qui sont, d'une part, celui de punir la personne qui s'est rendue responsable du crime (à savoir, la forme d'agression la plus grave contre les biens de la victime) et de l'autre part, celui de protéger la dignité et les droits fondamentaux de l'accusé par rapport à la sanction qui le menace », D. PASTOR, « Né « common law », né « civil law », né « hybrid » ; un diritto penale processuale « speciale » per i Tribunali « speciali », in M. DELMAS-MARTY/E. FRONZA/E. LAMBERT-ABDELGAWA, *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, Paris, 2004, p. 356

¹⁷ A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 384 et s.; P.-L. Robinson, "Ensuring Fair but Expeditious Trials at the ICTY", in H. ABTHAI/B. BOAS (ed.), *The Dynamics of International Criminal Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, p. 169 et s.; pour la thèse portant sur la nature coutumière des garanties procédurales liées au procès équitable, voy. G. BOAS, *The Milosevic Trial : Lessons for the Conduct of Complex International Criminal Proceedings*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 16 et s.

¹⁸ D'ailleurs, la nature même de crimes de masse, dont le jugement est toujours exposé au risque de préjugés de la part des juges nationaux qui ont vécu personnellement ou assisté aux atrocités, peut perturber l'équité du jugement.

l'accord de la communauté internationale. Après le Deuxième conflit mondial, pour la première fois, le pouvoir juridictionnel d'une instance pénale internationale ne ressort pas de situations exceptionnelles et n'est pas conféré par des actes impératifs successifs à la commission des crimes, mais s'appuie sur le respect du principe de légalité, au niveau aussi bien institutionnel que normatif, avec un renforcement des garanties juridictionnelles, substantielles et procédurales¹⁹. Le juge est établi antérieurement par la loi et le droit applicable suit des règles préétablies. Le législateur est la communauté des Etats réunis dans l'Assemblée des Etats Parties (A.E.P.). En tant que garant d'un procès équitable, la Cour légitime son pouvoir juridictionnel par le respect des droits de la défense cristallisés dans un document conventionnel à vocation universelle : le Statut de Rome²⁰.

ii. Aperçu historique du sujet

La création de la C.P.I., en tant qu'organe juridictionnel permanent à vocation universelle, est l'expression de la dernière étape d'une évolution qui voit se croiser les droits de l'homme et le droit international pénal sur une scène internationale tellement bouleversée et conflictuelle que l'ordre mondial qui en résulte est quotidiennement menacé. En 1928, Henri Donnedieu de Vabres affirmait : « *Il est urgent qu'à l'internationalisme du crime s'oppose l'internationalisme de la répression* »²¹. Il faut souligner néanmoins que l'élaboration doctrinale et jurisprudentielle du droit pénal international a privilégié le droit matériel par rapport à la procédure, car au cours des années l'attention de la doctrine a été concentrée de façon prioritaire sur l'élaboration d'une codification des éléments des crimes objet des poursuites de la justice pénale internationale, à savoir notamment les violations graves du droit humanitaire. La priorité était représentée par la demande collective d'une répression effective de toute violation grave des droits humains. L'Accord de Londres du 1945 et la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 1948 représentent des exemples emblématiques de cette exigence, qui subit un avancement grâce à la convergence graduelle entre les acquis théoriques de la doctrine et ceux, pratiques, de la jurisprudence, tels que les principes de Nuremberg, mais surtout la jurisprudence produite par les Tribunaux *ad hoc* à partir des années 1990.

¹⁹ M.-C. BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, Transnational Publishers, Inc., New York, 2003, p. 178 et s.; S. FERNANDEZ DE GURMENDI/H. FRIMAN, « The rule of procedure and evidence of the International Criminal Court », in *I.Y.H.L.* (2001), Institute Asser, p. 325; C. PHILIP/J.-Y. DE CARA, « Nature et évolution de la juridiction internationale », in S.F.D.I. (ed.), *La juridiction internationale permanente, Colloque de Lyon*, Pedone, Paris, 1987, p. 11 ; M. DEYRA, *Le Droit dans la guerre*, Gualino, Lextenso éditions, Paris, 2009, pp. 204-209.

²⁰ Le Statut de Rome a été signé le 17 juillet 1998 et est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002, Doc. Off. de la C.P.I., A/CONF.183/9. La première Conférence de révision du Statut de Rome s'est déroulée du 31 mai au 11 juin 2010 à Kampala (Ouganda), à l'occasion de laquelle l'art. 8 du Statut a été amendé.

²¹ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, éd. Panthéon Assas, Paris, Introduction, p. 1 ; voy également J. VERHOEVEN, « Vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », *Annuaire français de droit international* (1999), pp. 55-71.

Les aspects pragmatiques liés à la mise en œuvre de la répression pénale internationale avaient donc fait émerger la nécessité de doter la sanction d'un caractère légal, un aspect qui aurait validé et renforcé l'effectivité de la répression. Il s'est agi d'une convergence qui, à partir d'un certain moment, a combiné en même temps la réglementation du droit substantiel et celle du droit procédural, nécessaires pour rendre une justice efficace et effective. D'où l'importance de textes juridiques tels que les statuts, mais surtout les règlements de procédure et de preuve, qui sont les textes principaux sur lesquels se fonde le fonctionnement des instances pénales internationales. Le Statut de Rome symbolise l'action stabilisatrice de ce processus d'élaboration doctrinale et jurisprudentielle, qui culmine dans la formation d'un corpus normatif complexe et définitif ; il s'agit d'un caractère qui accompagne le caractère permanent et à vocation universelle de la C.P.I.²². La première forme de codification permanente des droits de l'accusé au sein de la justice pénale internationale intervient donc grâce à la création de la C.P.I., par le truchement de textes qui règlent un type de procès définitif, en premier lieu le Statut et le R.P.P.. A côté des références normatives, les orientations jurisprudentielles donnent continuité à une œuvre de perfectionnement de la procédure, en contribuant ainsi à un renforcement des garanties offertes à l'accusé.

Le caractère exceptionnel de ce type de justice et la particularité du procès propre à la Cour pénale internationale n'exonèrent pas les Etats Parties du respect des droits de la défense. Certes, la particularité du procès devant la C.P.I. demande une adaptation des garanties procédurales à une procédure unique dans son genre, où les exigences du procès équitable imposent un équilibre entre influences provenant de plusieurs systèmes juridiques différents et entre les différentes parties participant à la procédure, comme les victimes autorisées à participer au procès et à témoigner contre l'accusé. Du surcroît, l'unicité du procès devant la C.P.I. fait que les juges, le procureur et tout organe qui contribue à appliquer cette justice possèdent des qualités spécifiques. Même le conseil doit posséder des qualifications différentes de ses collègues plaissant devant les juridictions nationales²³

3. Détermination du sujet

i. Le fondement éthique des droits attribués à l'accusé

²² Ce caractère serait cependant démenti par l'irruption improvisée du T.S.L. sur le scénario international, unique juridiction pénale à caractère internationale successive à la Cour.

²³ Le conseil devant démontrer une compétence en droit pénal, en droit international et la maîtrise de l'une des langues de travail de la C.P.I., même s'il ne provient pas d'un pays ni anglophone ni francophone.

Dans l'observation du phénomène, il est nécessaire de déterminer le sujet de l'étude dans sa connotation juridique, mais également dans sa dimension éthique. Il faut comprendre si et dans quelle mesure les droits de l'accusé font partie des droits inhérents à la personne. L'analyse sur le fondement éthique et juridique des droits de l'accusé nous servira pour proposer une définition de ceux-ci. Dans cette perspective, la façon de l'État de respecter et protéger les droits individuels permet de comprendre le fondement éthique de ces droits.

«Lo Stato di diritto non può permettersi di degradarsi [...] ma deve mostrare sempre di attenersi scrupolosamente ai “sacri precetti” sui diritti umani, perché chiunque possa percepire la differenza tra chi calpesta la vita umana e chi invece rispetta la dignità anche del malvagio e del persecutore, come insegnava Kant»²⁴.

L'éminent juriste Antonio Cassese, en soutenant la nécessité de respecter les droits de l'homme même le plus méprisable, soulignait que les États ne peuvent pas se soustraire à cette obligation, signe de la démocratie d'un pays. En fait, le concept de démocratie ne peut se dissocier d'un état de droit où la prééminence du droit et le respect des droits de l'homme valent également envers ceux qui se rendent coupables des crimes les plus affreux. Or, selon l'opinion de A. Cassese, que nous partageons, le fondement de cette obligation serait multiple, ayant un caractère pratique et juridique, certes, mais également une très forte composante éthique qui soutient le devoir de l'État dans le respect des droits de l'homme²⁵. En fait, le comportement étatique ne peut déborder dans l'arbitraire sans risquer de bouleverser l'ordre démocratique atteint. Dans la même mesure, il ne peut être exempt de l'obligation, provenant de nombreux traités internationaux, de protéger les droits de l'homme, en préservant particulièrement un nombre restreint de droits fondamentaux par rapport auxquels aucune dérogation n'est permise, même dans des circonstances exceptionnelles. Parmi ces droits fondamentaux figurent certainement le droit à la vie, le droit à ne pas être soumis à des traitements inhumains et dégradants, mais également le droit à un procès équitable, qui se déroule dans un délai raisonnable²⁶. Or, dans le concept de procès équitable ou *fair hearing* ou *fair*

²⁴ «L'État de droit ne peut pas se dégrader..., mais doit montrer toujours de se tenir strictement aux «règles sacrées» sur les droits de l'homme, afin que tous puissent comprendre la différence entre qui piétine la vie humaine et qui, en revanche, respect même la dignité du plus méchant et du tyran, comme Kant l'enseignait», A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Editori Laterza, Bari, 2005, pp. 198-207 ; H. ARENDT, *Alcune questioni di filosofia morale*, Einaudi, Torino, 2003, p.16 et s.

²⁵ G. LEBRETON, *Libertés publiques & droits de l'homme*, 4^e édition, Armand Colin, Paris, 1999 (introduction), pp. 1-5 ; Y. MADIOT, *Droits de l'homme*, 2^e édition, Masson, Paris, 1991, p. 34 ; R. CHARVIN/J.-J. SUEUR, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, 4^e éd., Litec, 2002, p. 21 s. ; R. CABRILLAC/M.-A. FRISON-ROCHE/T. REVET, *Droits et libertés fondamentaux*, 4^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1997, p. 560 et s.

²⁶ En réalité, seulement en cas de guerre internationale, ce troisième droit fondamental peut tolérer des restrictions, lesquelles doivent en tout cas se conformer aux prescriptions qui protègent l'individu selon les standards internationaux sur les droits de l'homme contenus dans les principaux instruments internationaux, voy. A. Cassese, *ibid.*

*trial*²⁷, il y a une catégorie de droits réservés exclusivement à la matière pénale : les droits de la défense²⁸.

Au-delà de situations exceptionnelles et d'urgence, le droit à un procès équitable présente le même degré d'importance que celui qui est réservé au droit à la vie. En fait, l'un des éléments essentiels de la civilisation juridique demeure dans le droit à un procès équitable, un droit dont la personne accusée jouit déjà à partir du lancement des investigations menées contre elle et en particulier, au moment de son arrestation *ante judicium*. Dans cette perspective, la liberté personnelle des individus doit être protégée contre tout arbitraire et emploi disproportionné de la force, à travers des garanties très strictes qui soient limitatives du pouvoir étatique envers l'individu. Ce principe est contenu dans l'ancien droit à l'*habeas corpus*, à savoir le droit d'accès au juge afin de vérifier la légitimité de l'arrestation et de la détention, la liberté personnelle étant une valeur fondamentale. Les dérogations aux limitations imposées aux États dans le respect de la personne accusée doivent donc s'entendre dans un contexte exceptionnel et être soumises à des restrictions bien établies.

En effet, la protection de l'individu, même de l'individu accusé, se fonde, comme il est établi dans les conventions internationales et régionales, sur le respect de la dignité humaine, sur l'acceptation de l'existence de droits imprescriptibles propres à l'homme et que l'État, grâce au concept de contrat social, s'oblige à respecter. L'affirmation et le respect des droits de l'accusé suivent donc l'évolution des droits de l'homme dans l'histoire. Selon une définition, les droits de la défense sont « *l'ensemble des garanties fondamentales dont jouissent les personnes pour faire valoir leurs intérêts et assurer effectivement leur défense* »²⁹, alors que selon une autre définition, les droits de l'homme sont « *la limite éthique inférieure qui ne saurait être franchie, sous peine d'attenter à la dignité de la personne humaine dans ce qui constitue sa liberté naturelle* »³⁰. Lesdits droits doivent être entendus dans le sens d'un patrimoine minimal en dotation de l'individu, toujours susceptible d'extension applicative. Autrement dit, le respect des droits de la personne accusée a comme référence juridique un éventail de droits spécifiques qui, dans la finalité de protéger la dignité de l'homme accusé, sont toujours susceptibles d'une interprétation extensive.

²⁷ J.-L. CHARRIER, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, LexisNexis LITEC, Paris, 2005, p. 76 et s.

²⁸ Comm. E.D.H., rapp. 14 déc. 1981, req. N° 8403/78, *Jespers c/ Belgique* : DR 27/61.

²⁹ Voy. O. Danic, « 1913-2013: les cent ans de l'arrêt Téry ou un siècle de droit de la défense », in *R.D.P.* (2014), n. 1, L.G.D.J., p.3-37, où, selon l'Auteur, les droits de la défense sont applicables comme principes généraux de droit, même en manque de texte. L'absence de définition serait justifiée par la nature de principe généraux et donc de norme de rang constitutionnel. L'analyse porte ici sur les droits de la défense face à la justice administrative.

³⁰ P. BERCIS, *Guide des droits de l'homme, La conquête des libertés*, Hachette Education, Baume-les-Dames, 1993, pp. 11 et s.

ii. La configuration juridique

«...A considérer humainement les choses,...les lois de la justice sont vaines parmi les hommes; elles ne font que le bien du méchant et le mal du juste...»³¹.

Les lois de la justice ne coïncident pas toujours avec la justice des lois, ce dernier concept exprimant le caractère équitable de la justice. En 1946, la formule Radbruch énonçait que, dans le conflit entre justice et loi positive, cette dernière doit toujours prévaloir, dans la mesure où elle est porteuse d'une valeur primordiale qui est la certitude du droit. Il y a néanmoins une limite à cette primauté, qui se rencontre lorsque le conflit entre loi positive et justice atteint une dimension tellement intolérable que la loi se révèle injuste, criminelle et contraire aux droits de l'homme. Dans ce cas, cette loi est considérée nulle et la justice prévaut sur la certitude du droit³². Les droits de l'individu sont donc un barrage contre toute loi injuste ou application incorrecte de la loi.

Nous avons considéré les droits de la défense comme des droits individuels qui se placent sous l'angle du rapport entre l'homme et le pouvoir judiciaire; ils permettent à l'individu accusé de limiter la contrainte judiciaire dans le cadre d'un procès pénal et de ne pas y être complètement assujéti. Il s'agit donc d'une catégorie de droits présente dans les sociétés démocratiques dans la mesure où, conformément à la conception de la démocratie «participative» de Rousseau - selon laquelle les gouvernés deviennent gouvernants -, l'accusé, en faisant valoir ses propres droits, contribue à une administration de la justice plus correcte. En effet, en l'absence de droits de l'accusé, le concept de justice en serait dénaturé au point de produire une vraie négation de justice. Dans cette idée de justice, l'image de l'accusé ne se pose pas forcément en termes d'opposition envers l'autorité qui exerce la justice.

Or, cataloguer exactement tous les droits nécessaires à l'épanouissement de la personne humaine dans le contexte d'une procédure pénale est une tâche ardue à cause de la variété et de l'hétérogénéité des éléments qui s'insèrent dans une procédure judiciaire. Il faut comprendre si, comme pour le jus-naturalisme rationnel ou encore plus pour le jus-positivisme, les seuls droits de la défense possibles sont ceux indiqués dans les normes positives et que tout recours à des normes extérieures au système juridique n'est pas admissible. Les droits de la défense peuvent donc être

³¹ J.-J. ROUSSEAU, *ibid.*, Livre II, Chapitre VI, *De la loi*.

³² G. VASSALLI, *Formula di Radbruch et diritto penale, Note sulla punizione dei « delitti di Stato » nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, pp. 3-10.

entendus dans un double sens: restrictif ou élargi. Dans le premier cas, il s'agit des droits énumérés dans les règles de procédure et dans le deuxième, il s'agit de droits extérieurs aux règlements, qui dérivent d'une interprétation extensive effectuée par le juriste, dans la mesure où ils peuvent faire l'objet d'intégration de la part du juge appelé à les appliquer. Mis à part cette distinction, il faut souligner qu'il n'y a pas de limites aux droits de la défense et toute règle de droit positif en la matière – par exemple l'article 67 du Statut de la Cour pénale internationale sur les droits de l'accusé - pourra bien être intégrée, car on peut tirer d'autres normes non énumérés expressément des principes généraux du droit et de tout instrument conventionnel sur les droits de l'homme, comme l'art. 14 du P.I.D.C.P. et l'art. 6 de la C.E.D.H., ainsi que de la jurisprudence, surtout celle internationale³³.

Le droit positif – nous entendons ici le droit codifié - énonce donc seulement en partie les droits de la défense, étant un instrument fluide qui jouit cependant de garanties spécifiques demeurant dans une exigibilité d'abstention et de non-entrave de la part d'autrui, à savoir du pouvoir étatique – comme par exemple l'interdiction d'obliger l'accusé à témoigner contre lui-même ou même de l'obliger à se défendre -. Aucune interférence n'est donc admissible dans la jouissance de ces droits ; dans certains cas une obligation judiciaire positive est également exigible de la part de l'autorité, comme par exemple le devoir de doter l'accusé d'un conseil commis d'office, de traductions officielles et d'un interprète, si le cas l'exige. Nous sommes donc en présence d'une double nature de cette catégorie de droits, s'agissant d'une part de droits qui limitent l'État dans son autorité envers l'accusé et d'autre part de droits qui étendent le pouvoir de l'Etat et qui lui imposent une obligation de *facere*, afin de garantir une protection de l'accusé.

iii. La violation des droits de l'accusé

Qui peut transgresser les droits de l'accusé? L'État à travers une législation incorrecte et lacunaire ou le juge – émanation étatique en tant que l'un des pouvoirs qui composent l'État - par son interprétation et application des droits de la défense? D'après Norberto Bobbio, les deux le sont, mais il faut considérer que les juges ne coïncident pas avec l'État, car les juges sont soumis au respect des droits de l'accusé et sont chargés de veiller à ce que ces droits soient respectés non seulement au cours du procès mais également en dehors. Selon cette perspective le devoir de

³³ Une problématique qui a fait suite au long débat doctrinal, concerne le rapport entre juge et loi et entre pouvoir judiciaire et pouvoir législatif. En particulier, il a été critiqué l'idée que le juge puisse faire référence à des normes externes au système juridique, telles que celles propres au droit naturel, dans la mesure où cette possibilité risquerait d'enfreindre le principe de la certitude du droit. Enfin, dans le rapport entre pouvoir législatif et judiciaire, celui-ci, dans l'application de normes non codifiées, s'attribuerait une fonction typique du pouvoir législatif, à savoir celle de créer le droit ; N. BOBBIO/N. MATTEUCCI/G. PASQUINO, *Dizionario di politica*, UTET, Torino, p. 474.

l'organe juridictionnel par rapport aux droits de l'accusé acquiert une physionomie à la fois horizontale et verticale. Le premier cas se situe dans le cadre d'un procès, où les juges ont le devoir de protéger l'accusé contre tout arbitraire de la part du procureur ou de la part d'un autre juge, rôle qui est typique du juge d'appel par rapport aux décisions du juge de première instance. Le deuxième cas se situe dans un contexte extérieur au procès, lorsque le juge, par son indépendance et sa fonction, veille à ce que l'État, dans l'exercice de son pouvoir législatif, respecte les droits de l'accusé à travers sa législation, en dénonçant toute éventuelle incompatibilité des normes promulguées avec les principes généraux de droit, les principes constitutionnels ou les standards internationaux garantissant le procès équitable, cette dernière fonction étant propre aux cours constitutionnelles et aux juges de la Cassation. L'aptitude de l'État à se conformer à ces critères de garantie contribue donc à respecter l'état de droit et les règles démocratiques.

Dans le cadre de la justice pénale internationale, le respect des droits de l'accusé entraîne, d'une part, la responsabilité subjective de l'opérateur du droit, que qu'il soit juge ou avocat – ce qui implique une perspective horizontale pour concevoir cette forme de responsabilité –, d'autre part représente l'indicateur de la responsabilité «objective» supérieure de l'entière communauté internationale³⁴ - ce qui implique, au contraire, une forme de responsabilité verticale -. Pendant longtemps, la répression des *delicta juris gentium* n'a pas conduit la communauté internationale à intervenir au niveau normatif pour doter cette justice d'un corpus juridique de garanties, ni à veiller suffisamment au respect des garanties judiciaires à l'égard des grands criminels de l'histoire, soulevant ainsi des soupçons relatifs à un exercice maladroit de la justice pénale au niveau international³⁵. A une époque plus récente, du fait des critiques liées à une politisation prétendue de la justice pénale au niveau international, seule une application scrupuleuse des règles du procès équitable peut être en mesure de réduire toute accusation à l'encontre d'une justice pénale internationale définie par certains «à la carte»³⁶. Toute violation des droits de l'accusé est potentiellement susceptible d'invalidier l'impartialité, l'indépendance et donc la crédibilité de ce type de justice.

iv. Une proposition de définition

A la lumière de l'*excursus* précédente et au-delà de toute lecture strictement juridique, qui fait également l'objet central du présent travail, il faut partir d'une possible définition générale

³⁴ Conformément aux principes du droit pénal, on entend par «responsabilité objective» une forme de responsabilité indirecte.

³⁵ M.C. BASSIOUNI, «Human Rights in the Context of Criminal Justice», 3 *Duke J. Comp. et Int'l L.* (1993), 235 ; M. Deyra, *op. cit.*, pp. 212 et 218-226.

³⁶ N. POLITIS, *Les nouvelles tendances du droit international*, Hachette, Paris, 1927, pp. 76 ss. et 142 ss.

susceptible de dépasser les lacunes de la doctrine et les limites des codes de procédure, trop liées à la simple énumération des droits. Nous oserons donc formuler une notion ontologique de cette catégorie de droits, en proposant la définition générale suivante:

« Les droits de la défense sont les droits inhérents à la personne faisant l'objet d'une procédure judiciaire, qui visent à assurer le respect de la dignité humaine au cours d'une enquête ou d'un procès pénal, dans l'obéissance à la loi, des règles du procès équitable et aux standards internationaux relatifs aux droits de l'homme universellement reconnus, conformément aux principes démocratiques propres à l'état de droit ».

L'essence des droits de la défense qui dérive de la définition juridique proposée demeure dans le fait que ces droits appartiennent à l'individu avant même qu'il acquière le statut de suspect ou d'accusé. L'intervention d'autrui - que qu'il soit le juge ou le législateur - n'est pas nécessaire afin qu'ils lui soient reconnus, dans la mesure où il s'agit de droits inhérents à la personne humaine. Selon ladite perspective, ils s'activent automatiquement dans le cadre d'une procédure pénale où l'obligation du juge, loin de se limiter à reconnaître ces droits, consiste principalement à les appliquer correctement et à vérifier le respect de ceux-ci ou leur mise en application régulière. Malgré la particularité du droit substantiel et de la procédure qui caractérise le procès pénal international, la définition proposée est susceptible de s'adapter au contexte propre à cette justice et notamment, à la procédure de la C.P.I. C'est donc à partir de ladite définition que l'on abordera le sujet sur la base du droit positif, mais également à la lumière des avancées de la jurisprudence pénale internationale en la matière et de l'évolution des droits de l'homme, et que l'on essaiera donc de répondre aux questions posée par l'analyse.

4. Délimitation du sujet

i. Des perspectives différentes

Selon M. Schabas, le « *chapeau* » de l'art. 67 du Statut de Rome laisse la possibilité d'élargir l'éventail des « *minimum guarantees* » énumérées dans le texte, mais à la condition que l'élargissement se maintienne toujours en ligne avec l'évolution de la jurisprudence internationale sur les droits de l'homme³⁷ et celle provenant des T.P.I. ; celle-ci a contribué à une délimitation de la notion de « *fair hearing* », qui, selon les développements de la jurisprudence de la Cour de

³⁷ D.-J. HARRIS/M. O'BOYLE/C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London, 1995, p. 202 et s.; cf. également: E.C.H.R., *Stanford v. United Kingdom*, Series A, No. 182-A, 30 August 1990, para. 24.

Strasbourg, comprend l'égalité des armes³⁸ Garantie par l'art. 67, l'égalité des armes se réalise à travers le droit de l'accusé au contre-interrogatoire des témoins de l'accusation ou à travers la production de moyens de preuve à décharge ; ces droits donnent à l'accusé les mêmes instruments que l'accusation, même si en fait l'accusé ne dispose pas des moyens d'investigation propres au bureau du Procureur. La jurisprudence du T.P.I.Y. a interprété de manière analogue le concept d'égalité des armes selon « *a more liberal interpretation* », pour assurer à chaque partie « *every practicable facility [...] for assistance in presenting its case* », étant donné les difficultés rencontrées par les parties dans la recherche des éléments de preuve directement sur le territoire de l'ex-Yougoslavie et également les obstacles à obtenir la nécessaire coopération de certains pays à cet égard.

Il est « *important and inherent in the concept of equality of arms that each party be afforded a reasonable opportunity to present his or her case under conditions that not place him at an appreciable disadvantage vis-à-vis his opponent* »³⁹. Dans ce but, l'obligation de l'accusation à la divulgation des éléments de preuve à décharge fait partie du concept de procès équitable⁴⁰. En matière d'impartialité, selon les *guide-lines* offertes par la jurisprudence, la conduite impartiale du procès doit être assurée à travers l'absence de « *prejudice or bias* », selon un jugement d'appréciation tant objectif que subjectif, qui tient compte de la conviction personnelle de chaque juge, qui doit donner les « *guarantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect* »⁴¹.

En matière de droits de la défense, M. Bassiouni distingue selon les phases différentes de la procédure devant la Cour⁴². Plus particulièrement, il soutient qu'il existe des droits aussi bien substantiels que procéduraux aptes à garantir le procès équitable tout au long de la procédure ; lesdits droits se conforment aux standards internationaux attachés à la notion de procès équitable et trouvent leurs origines dans la phase des investigations. Dans ladite phase, la protection de la personne suspectée commence par la façon de conduire l'enquête de la part du Procureur, dans la mesure où il lui incombe l'obligation, établie par l'art. 54 du Statut, d'enquêter à charge mais également à décharge et l'obligation de recueillir et protéger toute information et preuve nécessaire pour établir la vérité. A propos des droits de l'accusé au cours du procès, l'Auteur fait référence à

³⁸ Cf. W.-A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 97-100.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ I.C.T.T., *The Prosecutor v. Tadić*, Judgement, IT-94-1-A, 15 July 1999, para. 52; I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Brdjanin and Tadić*, Public Version of the Confidential Decision on the Alleged Illegality of Rule 70 of 6 May 2002, IT-99-36-PT, 23 May 2002; I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Krajisnik and Plavsic*, Decision on Prosecution Motion for Clarification in Respect of Application of Rules 65 *ter*, 66(B) and 67(C), IT-00-39 and 40-PT, 1 August 2001;

⁴¹ *Hauschildt v. Denmark*, Series A, No. 154, 24 December 1989, para. 46.

⁴² M.-C. BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, *op. cit.*, pp. 520-526.

l'interdiction du procès par contumace, indiquée comme un principe sous-jacent aux droits de l'accusé, conformément à la doctrine majoritaire⁴³. Quant à la phase des débats, l'Auteur mentionne en outre : le droit à un procès public, équitable, conduit impartialement et sans retard ; le droit à être informé aussi tôt que possible des charges contre lui, dans une langue qu'il comprend et parle parfaitement ; le droit à disposer du temps et des facilités nécessaires pour préparer sa défense et le droit à examiner les témoins à charge ; le droit à obtenir l'assistance d'un interprète compétent et toute traduction nécessaire; enfin, le droit à ne pas être forcé de témoigner ou de plaider coupable.

En matière d'investigations, il faut souligner que l'accusé et son conseil n'ont pas les mêmes pouvoirs du Procureur, lequel, en vertu de l'autorité qui lui est conférée en tant qu'organe de la Cour, peut plus facilement repérer et obliger les témoins à se rendre disponibles pour donner des déclarations concernant l'affaire. De plus, le fait que la phase des investigations ne soit pas publique, limite les droits de la défense, il s'agit d'une exception qui fait face à la nécessité de conduire les investigations de façon confidentielle afin d'éviter toute possible ensablement des preuves à décharge pendant une phase qui n'est pas sous le contrôle direct des juges. En outre, pendant le procès, les victimes et les témoins à charge jouissent d'une protection qui peut déterminer une restriction des droits de l'accusé du fait du pouvoir des juges d'ordonner le déroulement de l'audience *in camera* ou *ex parte*⁴⁴, ou encore la possibilité de protéger l'anonymat des témoins par le biais d'instruments électroniques utilisés au cours de leur audition. Il est possible de situer sur le même plan d'une restriction des droits de la défense, la faculté de la Chambre de limiter la *disclosure*, afin de protéger certaines informations sensibles dont la divulgation mettrait en péril la sécurité d'un Etat partie au Statut de Rome. La protection des informations peut se réaliser par le biais de mesures telles que la rédaction en forme synthétique des informations mises à disposition pendant le procès.

Dans la même optique de limitation il faut considérer le pouvoir discrétionnaire de la Cour en matière d'admissibilité des preuves. Lorsque la demande d'acquisition des preuves à décharge est rejetée par la Cour sur la base d'un jugement de non-pertinence, l'on peut avoir une restriction du droit de l'accusé de produire des preuves à décharge. En revanche, une protection générale des droits de l'accusé se réalise par le droit à la motivation des décisions de la Cour. Selon ce droit, non seulement les sentences, mais toutes les décisions que la Cour émet sur des points fondamentaux

⁴³ Voy. A. CASSESE, *International criminal law, supra*.

⁴⁴ L'audience *in camera* ou le "huis clos" exclut le public, en revanche le procès *ex parte* exclut une partie de l'audience.

doivent être rédigées par écrit, contenir une motivation complète et logique à la base du raisonnement formulé par les juges et, dans certains cas être traduites dans les six langues officielles de la Cour, afin de rendre accessible au public certaines décisions importantes d'intérêt général⁴⁵.

ii. Le minimum minumorum des garanties statutaires

*“Lors de l'examen des charges portées contre lui, l'accusé a droit à ce que sa cause soit entendue publiquement, compte tenu des dispositions du présent Statut, équitablement et de façon impartiale. Il a droit, en plaine égalité, au moins aux garanties suivantes :[...] »*⁴⁶. L'art. 67 du Statut de Rome attribue donc à l'accusé une série de garanties relatives au procès qui reprennent les standards prévus par l'art. 14 du P.I.D.C.P. du 1966, même si le Statut de Rome garantit des droits majeurs par rapport à l'art. 14. Selon l'art. 55 du Statut, la personne jouit de droits qui naissent lorsqu'elle fait simplement l'objet d'investigation. En vertu de ces droits, la privation de la liberté reste une exception sujette à certaines conditions, en outre la mesure restrictive ne peut jamais autoriser aucun traitement inhumain ou dégradant. Au cas d'arrestation, le détenu a le droit de connaître les raisons qui motivent la mesure adoptée qui, étant exceptionnelle, doit avoir une durée limitée.

Dans le cadre du droit au contradictoire, il est établi une condition de pleine égalité entre défense et accusation (*“full equality”*) en vertu de l'attribution à la défense des mêmes facilités à disposition de l'accusation, toujours dans le respect du non-renversement du fardeau de la preuve, qui incombe au Procureur et qui est également tenu à communiquer les résultats des investigations. En choisissant sa propre stratégie, l'accusé jouit du droit au silence, un droit qui ne devra jamais être utilisé contre lui. De plus, à tout moment du procès, l'accusé a le droit de prendre la parole et rendre des déclarations aussi bien écrites qu'orales sans aucune obligation de prêter serment. Dans sa libre stratégie, l'accusé peut refuser sa défense ou renoncer à un conseil en décidant de se défendre lui même. L'accusé peut également refuser le procès par le biais du plaidoyer de culpabilité et ainsi renoncer au droit au contradictoire. Il y a eu plusieurs plaidoyers de culpabilité dans l'expérience des deux Tribunaux *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda et il est souhaitable qu'il y en ait beaucoup devant la Cour pour des motifs liés à l'économie procédurale, la longueur des procès étant un fléau de la justice pénale internationale. L'article 67 du Statut de Rome souligne également la nécessité d'un procès public⁴⁷, équitable et impartial en tant que point

⁴⁵ C.P.I., artt. 74 et 50(1).

⁴⁶ *Ibid.*, art. 67.

⁴⁷ Selon A. CASSESE, le principe de la publicité du procès fait partie du concept plus élargi de procès équitable, A. Cassese, *International Criminal Law, op. cit.*, pp. 395-400.

de départ pour garantir, en pleine égalité, tous les autres droits prévus par les lettres a) à i). Parmi ces droits figurent donc: celui d'être informé de façon détaillée et dans le plus court délai de la nature, de la cause et de la teneur des charges ; le droit à être informé dans une langue que l'accusé comprend et parle parfaitement⁴⁸ ; le droit à avoir le temps et les facilités nécessaires pour préparer sa défense et la liberté de communiquer sans restrictions ni ingérences avec un conseil de son choix⁴⁹, le droit à être jugé sans retard excessif ni injustifié⁵⁰.

L'accusé a le droit d'être présent à son procès, d'être informé de son droit d'avoir un défenseur, de se faire assister par un conseil de son choix, de se défendre lui-même, s'il exprime cette volonté, d'être informé de la possibilité d'avoir désigné un conseil d'office sans frais, s'il démontre son indigence et chaque fois que la Cour estime que les exigences de la justice imposent la nomination d'un conseil parmi ceux de la Cour⁵¹ ; de plus, l'accusé a le droit de présenter tous les éléments de preuves admissibles à décharge et de faire valoir tous les moyens de défense aptes à se disculper ; en particulier, il a le droit de contre-interroger les témoins à charge dans les mêmes conditions attribuées à l'accusation et de demander la comparution et l'interrogatoire de témoins à décharge⁵². S'il ne parle pas ou ne comprend pas du tout ni parfaitement l'une des langues de travail utilisées devant la Cour, l'accusé a le droit de se faire assister gratuitement par un interprète compétent et de disposer, pour des exigences d'équité, des traductions de tout document présenté à la Cour dans le cadre de la procédure à son encontre⁵³ ; de plus, l'accusé jouit du droit de garder le silence, sans que ce choix et son comportement soient pris en compte pour déterminer sa responsabilité ; il ne peut être forcé de s'avouer coupable, ni de rendre un témoignage contre soi-même⁵⁴ ; il ne lui est pas demandé de faire des déclarations écrites ou orales sous serment⁵⁵ ; enfin, il ne peut lui être imposé le fardeau de la preuve ni la charge de la réfutation⁵⁶.

Donc, les garanties de la défense dans les procédures devant la Cour pénale internationale rassemblent en théorie les meilleures garanties de la défense prévues au sein des systèmes juridiques les plus évolués, en reflétant le caractère mixte de la procédure pénale internationale, fruit d'un compromis entre les deux systèmes de *common law* et de *civil law*, en tant qu'expression du caractère fortement communautaire d'une instance née d'un Accord entre plusieurs Etats. Dans

⁴⁸ C.P.I., art. 67(1)(a).

⁴⁹ *Ibid.*, art. 67(1)(b).

⁵⁰ *Ibid.*, art. 67(1)(c).

⁵¹ *Ibid.*, art. 67(1)(d).

⁵² *Ibid.*, art. 67(1)(e).

⁵³ *Ibid.*, art. 67(1)(f).

⁵⁴ *Ibid.*, art. 67(1)(g).

⁵⁵ *Ibid.*, art. 67(1)(h).

⁵⁶ *Ibid.*, art. 67(1)(i).

les droits de la défense ainsi conçus, on peut envisager une double finalité: premièrement, assurer le respect des droits de l'homme propres aux principales conventions internationales et deuxièmement, poursuivre l'intérêt de la justice à travers sa mise en application correcte. Les deux finalités, enfin, convergent vers un troisième objectif qui est représenté par la réaffirmation de la légalité et de l'ordre international. Notre projet de thèse, qui se fondera principalement sur l'analyse des droits énoncés et des règles contenues dans les textes officiels de la Cour, vise à approfondir les aspects historiques et juridiques concernant les droits de la défense dans le cadre du procès devant la C.P.I.

Dans ce but, l'analyse du sujet abordera les droits singulièrement, excluant toute influence des systèmes nationaux de garanties sur le système international, ainsi qu'une comparaison entre les deux systèmes de garanties de la défense, interne et international. Encore moins analysera-t-on l'influence des conceptions doctrinales des juristes du droit étatique sur celles des théoriciens du droit international en la matière, si non de manière sommaire et occasionnelle. En revanche, seul le rapport entre le Statut de Rome et les instruments internationaux de protection des droits de l'homme et les différences et analogies entre la loi de la Cour et celle des autres juridictions pénales internationales sera recherchée. Enfin, il ne sera pas négligé l'interprétation et l'application que la jurisprudence de la Cour et des autres juridictions ont donné des droits de la défense.

B. L'élaboration du sujet

1. Problématique posée, thèse soutenue, hypothèse à démontrer

L'étude vise à soulever une série d'interrogations présentant une nature différente. Une première question part de l'analyse parallèle de l'évolution des droits de la défense et de la cristallisation du procès pénal international, particulièrement le procès devant la Cour. Dès lors, l'analyse effectuée sera-t-elle en mesure de confirmer que le Statut de Rome a absorbé cette évolution, en prévoyant un système avancé de protection des droits de la défense ? Une deuxième interrogation, qui est également au cœur de l'étude, part de la présupposition d'une réponse positive à la question précédemment formulée et se fonde sur l'analyse du Statut, des autres textes de la Cour et sur l'observation de la jurisprudence produite par la Cour à ce stade de son activité. En vertu de ladite observation, peut-on vraiment affirmer que les principes et les droits garantissant le respect de l'accusé, tels qu'ils sont consacrés dans le Statut de Rome, sont traduits dans la réalité du procès devant la C.P.I. ?

De plus, comment la protection des droits de l'accusé se concilie-t-elle avec les intérêts des victimes comparaisant dans les procès devant la Cour ? On se demandera jusqu'à quel point il faut considérer que les deux systèmes de garanties restent inconciliables entre eux ou si l'on peut, en revanche, entrevoir une interaction selon laquelle le respect d'une catégorie de droits ne se pose pas forcément en termes antinomiques par rapport avec l'autre catégorie de droits ? Enfin, le système de protection des droits de la défense sur lequel se fonde l'activité de la C.P.I. est-il vraiment en mesure de représenter, pour les juridictions pénales internationales successives un modèle dont il est possible de s'inspirer ? En effet, une autre interrogation concerne l'influence de la Cour sur la seule juridiction pénale internationale postérieure à son institution, le T.S.L.. Cette récente juridiction a-t-elle appliqué les mêmes standards de garanties que le Statut de Rome ? La présente étude se propose d'envisager et éventuellement, d'analyser tous les effets endogènes et exogènes que les droits de la défense, ainsi qu'ils sont reconnus et appliqués dans le système de la Cour, ont produits.

Le système actuel des garanties de la défense devant la C.P.I. est le résultat de la construction progressive du procès pénal international, à savoir le résultat de la cristallisation d'une procédure propre à la justice pénale internationale. Malgré la mixité du modèle procédural, nous entendons démontrer que ce sont les aspects accusatoires de la procédure adoptée devant la C.P.I. qui offrent une affirmation et une protection plus renforcée des droits de l'accusé, surtout si les compare avec les « superpouvoirs » du Procureur et les droits des victimes, qui, devant la C.P.I., ont la même valeur que les droits de l'accusé. Malgré cela, on entend démontrer que plusieurs facteurs infirment encore la défense, comme le manque de rang institutionnel de celle-ci. La négation à la défense des mêmes pouvoirs que ceux de l'accusation se traduit dans le manque d'égalité, en violation de l'article 67 du Statut qui parle de « pleine égalité » de l'accusé dans la jouissance de certains droits ; cela induit à penser que les droits de l'accusé ont une portée déclarative mais qu'il manque une effectivité des droits de la défense devant la Cour. Ce que nous entendons vérifier est donc dans quelle mesure on peut reconnaître à la réglementation de la Cour, *in primis* son Statut, une protection effective de l'accusé ou si on doit lui reprocher une protection lacunaire, et dans quelle mesure ladite protection se concilie avec les droits d'autres parties reconnues et admises dans le procès devant la Cour. Enfin, le but de cet ouvrage est de comprendre si le Statut de la Cour en matière de droits de la défense peut avoir créé un modèle unique et définitif de procès pénal international, par le biais d'une comparaison avec le statut de la seule juridiction postérieure à la Cour.

2. La méthode de l'étude

Pour poursuivre lesdites finalités, la présente analyse essaya en premier lieu de parcourir le processus historique qui a permis aux droits de la défense de se consolider sur la scène internationale et de vérifier comment ils ont été assimilés par les juridictions pénales internationales et notamment par la C.P.I. ; une méthode chronologique tentera d'approfondir les aspects philosophiques, historiques et juridiques qui ont conduit à la reconnaissance des droits de la défense dans le milieu international, à la création de la C.P.I. et donc à la consécration des droits de la défense dans le Statut de Rome. La méthode utilisée sera parfois inductive parfois déductive, car il s'agira parfois de tirer une certaine thèse de la doctrine et de la jurisprudence, alors que dans d'autres cas, nous trouverons dans la doctrine et dans la jurisprudence des appuis aux thèses générales soutenues.

Nous avons donc élargi le champ de l'analyse à toute la procédure, car les droits de la défense interviennent dans chaque phase de la procédure. Toutefois, l'étude reste une monographie et n'a pas la vocation de devenir un manuel de procédure, car l'énumération *sic et simpliciter* des droits aurait limité l'analyse et réduit énormément le champ de travail, alors que les effets pratiques des droits évoqués sont envisageables partout dans la procédure. En fournissant parfois des cas jurisprudentiels, la présente étude suivra donc une méthode plutôt empirique, qui prendra en compte l'apport de la jurisprudence en la matière, au détriment d'une approche davantage doctrinale. Certains aspects de la première jurisprudence de la Cour feront donc l'objet d'une analyse approfondie, où le résumé des faits et des problématiques posées contribuera à mettre en lumière tout aspect lié au respect ou à la violation des droits de l'accusé dans les procès actuellement en vigueur devant la C.P.I.. L'actualité de la jurisprudence de la Cour fournira donc un outil pragmatique privilégié pour mieux cerner la tendance en cours dans la façon de concevoir et d'appliquer les droits de la défense. Mais, une autre méthode sera celle de la contraposition thèse-antithèse, selon un jeu d'opposition qui vise parfois à démentir ce qui a été affirmé auparavant, en donnant valeur à des clés de lecture différentes. Enfin, la première partie suivra un parcours croissant de construction d'un procès pénal international doté de vraies garanties pour l'accusé, alors que la deuxième partie suivra une démarche décroissante, où le Statut s'avère comme le sommet d'un *climax* duquel faire partir le *minimum minumorum* d'un arsenal de garanties destiné à devenir plus ample.

3. L'état de la littérature sur le sujet

La thématique des droits de l'accusé est généralement abordée de façon marginale par les théoriciens, dans la mesure où ils sont toujours considérés dans le cadre général de la procédure adoptée par la C.P.I.. Autrement dit, il manque des recherches spécifiques portant sur les droits de la défense, qui sont présentés plutôt comme ils apparaissent dans le Statut de Rome, à savoir comme une simple énumération des droits dont jouit la personne accusée ou suspectée. L'état de la littérature sur le sujet reste donc encore lacunaire, les études spécifiques actuelles étant très réduites et limitées surtout à des analyses placées dans le socle d'ouvrages plus généraux, qui contiennent uniquement des parties consacrées spécifiquement aux droits de la défense.

Pour le présent travail, nous avons pris en compte particulièrement les textes suivants : *Droit international pénal* de H. Ascentio/E. Decaux/A. Pellet (Editions A. Pedone, Paris, 1280 p.) dans les deux versions du 2002 et du 2012) ; *Droit international pénal* (Précis, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant, Bâle/Bruxelles, 2008, 488 p.) de R. Kolb (éd.) ; *Juridictions pénales internationales. La procédure et la preuve* (PUF, Paris, 2003, 507 p.) de A.-M. La Rosa ; *International criminal law* (Oxford University Press, Oxford, 2003, 472 p.) de A. Cassese ; *Introduction to International criminal law* (Transnational Publishers, Ardsley, New York, 2003, 823 p.) de M.-C. Bassiouni ; les textes consacrés à la pratique quotidienne des tribunaux pénaux internationaux, comme *Archbold international Criminal Courts – Practice, Procedure & Evidence* (Sweet & Maxwell, London, 2009, 1848 p.) de K.-A.-A. Khan/R. Dixon/A. Fulford ; *The Rome Statute of the International Criminal Court* (Volume, Oxford University Press, Oxford, 2002, 1048 p.) de A. Cassese/P. Gaeta/J.-R.-W. Jones (éditeurs) ; *International Criminal Practice* (Oxford University Press, Oxford, troisième édition, 2003, 1085 p.) de J.-R.-W.D. Jones/S. Poles. Ladite littérature (cf. surtout la bibliographie relative à la première partie) envisage le problème sous l'angle plus élargi du droit et de la procédure pénale internationale.

En effet, une littérature spécialisée n'a trouvée sa place que récemment et tout laisse présager que les problèmes attachés à la défense devant la C.P.I. seront de plus en plus abordés dans l'avenir. A cet égard, on a pris en compte : *Statut de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article* sous la direction de J. Fernandez et X. Pacreau (Tomes I et II, Editions Pedone, Paris, 2012, 2460 p.), où une large partie est consacrée aux garanties de la défense et *La protection des droits de l'accusé devant la C.P.I.* de S.-T.-N. Essomba (L'Harmattan, Paris, 2012, 654 p.). Enfin, il faut souligner un bref article qui analyse les garanties du Statut de Rome sous l'angle des principes et droits reconnus par la jurisprudence de la C.E.D.H., « International Criminal and treatment of Defence Rights : a Mirror of the European Court of Human Rights' Jurisprudence ? » (H.R.L.R.

2011, p. 91-131) de N.-A.-J. Croquet. Les travaux susmentionnés présentent néanmoins la limite d'offrir des aperçus sectoriels et trop théoriques, ce qui ne permet donc pas une vision d'ensemble.

4. Le plan de travail

Au cours de la présente étude, nous essayerons donc de suivre le parcours philosophique, historique et juridique des droits de la défense dans le contexte plus élargi des droits de l'homme, avant d'effectuer une analyse des principes généraux garantissant la défense et du rapport dialectique entre accusation et défense au sein de la Cour (**Partie I**). L'analyse nous conduira aux droits de la défense tels qu'ils sont consacrés dans le Statut de Rome et dans les autres textes adoptés par la Cour, sans négliger une comparaison avec d'autres droits parallèles, plus particulièrement les droits des victimes, et avec d'autres systèmes de garantie de la défense extérieurs à la Cour (**Partie II**). La première partie sera donc consacrée principalement à la théorie générale des droits de la défense à la lumière du développement des droits de l'homme, alors que la seconde partie sera focalisée sur le régime juridique des droits de l'accusé selon le Statut de Rome et selon les autres textes de travail de la Cour.

Les droits de la défense seront abordés à la lumière d'une forme de justice unique dans son genre, à savoir la justice pénale internationale et dans le cadre du procès particulier devant la C.P.I. ; toutefois, la recherche ne pourra être valablement saisie sans que soit mise en relief la problématique visant à vérifier l'aptitude des instruments de garantie de la C.P.I., *in primis* le Statut de Rome, à assurer le plein respect des droits de la défense. En outre, puisque la création et l'évolution de la justice pénale internationale dépendent beaucoup de la jurisprudence, il en suit que la vérification de la mise en œuvre des instruments actuels d'affirmation de garantie ne pourra que suivre l'évolution de la jurisprudence de la Cour. Dans cette optique, la présente étude ne négligera pas l'éclairage de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux. En effet, le droit appliqué par la Cour est le fruit du consentement des Etats parties au Statut de Rome, qui ont modelé la procédure selon les standards internationaux sur les droits de l'homme les plus évolués ; mais elle est également et principalement le fruit des avancées du droit pénal international dérivant des précédents jurisprudentiels, la jurisprudence étant la source principale du droit pénal international⁵⁷, car « *le droit pénal international s'est construit de façon prétorienne, jugement après jugement* »⁵⁸. La comparaison entre la jurisprudence de la Cour et celle propre aux juridictions

⁵⁷ R. KOLB (éd.), *Droit international pénal*, Précis, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant, Bâle/Bruxelles, 2008, pp. 25-59.

⁵⁸ A. CASSESE /D. SCALIA/V. THALMANN, *Les grands arrêts de droits international pénal*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 15-25.

pénales internationales qui l'ont précédée et accompagnée mesure donc la progression du procès pénal international en matière de protection des droits de la défense. En suivant l'évolution de la jurisprudence de la Cour, deux aspects particuliers seront en outre soulignés par la présente recherche: en premier lieu, comme déjà évoqué, nous essayerons de comprendre si, devant la Cour, la protection des droits des victimes n'est pas susceptible d'entrer en conflit avec les droits de la défense ; enfin, une deuxième finalité sera celle d'envisager toute possible influence du Statut de Rome sur la manière de régler la matière de la part de la seule juridiction pénale internationale postérieure à la création de la Cour.

Le présent travail ne pourra que prendre en compte le caractère très particulier de la justice pénale internationale, dans la mesure où cette forme de justice est rendue en l'absence d'une entité étatique unique et ne négligera pas le fait que le dessaisissement de la compétence des juridictions nationales en faveur de la C.P.I. intervient également dans tous les cas où la garantie d'un procès équitable n'est pas assurée au niveau domestique⁵⁹. Pour cela la justice de la Cour doit assurer le respect des mêmes règles garantissant un procès équitable devant une pluralité d'entités étatiques, qui sont l'expression de systèmes juridiques différents. Il faut néanmoins considérer qu'il manque un contrôle efficace intervenant de l'extérieur, sur toute violation possible à ce sujet. Autrement dit, dans ce cas, le contrôleur contrôle le contrôlé. De plus, les affaires dont s'occupe la C.P.I. s'inscrivent dans des contextes géopolitiques, historiques et chronologiques très différents. Dans le respect du procès équitable, le but de la C.P.I. est justement d'éviter à l'avenir toute forme d'injustice et d'impunité, comme cela a été confirmé dans la Déclaration de Kampala, « *Together solemnly reiterate our determination to put on end to impunity...with full respect for international fair trial standards [and] to prosecute the perpetrators of the most serious crimes of international concerns in accordance with internationally recognized fair trial standards, pursuant to the principle of complementarity* »⁶⁰.

La justice pénale internationale représente un phénomène tellement récent qu'il est encore en cours de perfectionnement au fur et à mesure que la communauté internationale reconnaîtra la nécessité d'un organe juridictionnel permanent à vocation universelle, capable d'ancrer la justice

⁵⁹ R. MAISON, « Le principe du contradictoire devant les juridictions pénales internationales », in H. RUIZ FABRI/J.-M. SOREL (sous la direction), *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Editions A. Pedone, Paris, 2004, p. 97.

⁶⁰ Lors de la première Conférence de Révision du Statut de Rome qui s'est déroulée en Ouganda le 31 mai 2010.

pénale internationale au sein de la communauté internationale⁶¹. Il est évident que toute poursuite pénale, même à l'encontre des responsables des crimes les plus affreux, doit de façon incontournable assurer le respect des garanties prévues en faveur de l'inculpé, qu'il soit simplement suspecté ou accusé. Par rapport à une administration de la justice à caractère universel, le respect rigoureux des garanties réservées à l'accusé acquiert une dimension remarquable afin de protéger la crédibilité de la Cour et de la procédure adoptée par cet organisme. La question centrale que l'on se pose est alors de savoir s'il est possible, aujourd'hui, de considérer comme satisfaisante la protection des droits réservés à la défense par le Statut de Rome et par les autres documents officiels de la C.P.I., notamment le Règlement de procédure et de preuve. Ces documents sont-ils respectueux des paramètres fixés à cet égard par les conventions internationales sur les droits de l'Homme? Comment les droits de la défense se déroulent-ils au cours du procès devant la C.P.I.? Il s'agit de questions qu'il faudra aborder et auxquelles il faudra répondre afin de comprendre si le procès pénal international d'aujourd'hui - tel qu'il est représenté principalement par l'administration de la justice de la part de la Cour - obéit aux critères imposés par la communauté internationale et peut donc être considéré un outil fiable pour lutter contre l'impunité et pour contribuer au maintien de la paix et de la sécurité internationales. D'ailleurs, les droits de la défense ont une valeur de principes inhérents à toute société démocratique car ils participent à la « découverte de la vérité »⁶².

⁶¹ Actuellement, les Etats qui ont accepté la juridiction de la C.P.I. sont au nombre d'environ 113 et ce nombre est en constante augmentation. Les Etats signataires ont librement décidé, par leur ratification, de se soumettre à la juridiction de la Cour, en ce qui concerne les crimes et les normes prévus dans le Statut.

⁶² R. ORDENT, "Les droits de la défense", *E.D.C.E.* (1953), pp. 55-65.

PREMIERE PARTIE

LES DROITS DE L'ACCUSE DANS LE STATUT DE ROME : TRADUCTION D'UNE EVOLUTION DU PROCES PENAL INTERNATIONAL

Le Statut de Rome est le résultat d'un long processus historique qui a suivi à la fois l'affirmation graduelle et parallèle des droits de l'homme et du droit international pénal. Synthèse d'un modèle procédural particulier protégeant l'arsenal des garanties de la défense (**Titre I**), cet instrument juridique codifie les normes qui règlent un procès pénal international où la dialectique entre accusation et défense se décline dans le respect de l'équité et des droits de l'accusé universellement reconnus (**Titre II**).

TITRE I. LE SYSTEME GENERAL DES GARANTIES DE LA DEFENSE OFFERTES PAR LE STATUT DE LA C.P.I.

Par son Statut, la C.P.I. applique les droits de la défense qui se sont consolidés au cours des décennies dans les instruments juridiques internationaux sur les droits de l'homme. En tant que droits individuels, les droits de la défense se placent sous l'angle du rapport entre l'homme et le pouvoir judiciaire et permettent à l'individu accusé de limiter la contrainte judiciaire. Ils sont le fruit de l'évolution des droits de l'homme dans les démocraties modernes, qui, par la signature de l'Accord de Rome, ont accepté de s'autolimiter dans leur pouvoir répressif à travers un *corpus* de règles et de principes. Document fondateur d'une juridiction chargée de poursuivre les responsables des crimes les plus graves contre le genre humain (**Chapitre I**), le Statut de Rome consacre donc un système général de garanties substantielles et procédurales qui soulignent la spécificité du procès devant la C.P.I. (**Chapitre II**).

CHAPITRE I. LA PROTECTION DES DROITS DE L'ACCUSE DEVANT LA C.P.I. : L'HERITAGE D'UNE EVOLUTION HISTORIQUE DU DROIT INTERNATIONAL PENAL

Dans le contexte international, l'affirmation des droits de la défense se place dans une perspective plus générale d'évolution historique des droits de l'homme et d'affirmation graduelle de la justice pénale internationale (**Section I**). L'Accord de Rome est le résultat de la convergence de la volonté des États sur la nécessité de réglementer le procès pénal international dans le respect des garanties de l'accusé (**Section 2**).

Section I. *Les droits de la défense dans une perspective générale d'affirmation des droits de l'homme*

Les droits de la défense, dont la *ratio* est de respecter sans distinction aucune la dignité de la personne humaine au cours du procès pénal, tirent leurs origines des valeurs que le XXe siècle a conceptualisées dans la philosophie des droits de l'homme, une philosophie marquée par des différentes approches doctrinales⁶³. L'obligation légale de reconnaître et respecter une série de garanties pour la personne accusée ou simplement suspectée d'une infraction pénale a subi un long processus évolutif au cours de l'histoire (§ 1). Dans le contexte international, l'obligation de protéger les droits de l'accusé a évolué parallèlement à la consécration d'une justice pénale à caractère universel. (§ 2).

§ 1. Les droits de la défense en tant que droits individuels

La soumission de l'individu à l'autorité judiciaire est une réalité qui place l'homme dans une condition de vulnérabilité particulière et parfois d'impuissance. Le débat doctrinal sur les droits individuels a suivi la dichotomie classique oscillant entre droit naturel et droit positif, selon la vision que la doctrine a adoptée au cours des siècles (A). Mais, dire que certains droits sont indisponibles, inaliénables, essentiels, moraux et universels ne sert qu'à fournir une dimension dogmatique des droits de l'homme. Nous avons essayé de parcourir les traces historiques des droits de la défense en dépassant la simple dimension juridique, afin d'en comprendre l'importance et le sens (B).

A. Le rapport conflictuel entre l'individu et l'autorité

Dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 commence à être juridiquement acceptée l'idée de droits de l'homme inhérents à la personne, non octroyés en vertu d'une grâce accordée par l'autorité, mais existant indépendamment de toute intervention des acteurs juridiques. En réalité, l'affirmation de la théorie jus-naturaliste des droits individuels se situe dans deux périodes historiques, la période dite «classique», remontant à Aristote et Thomas d'Aquin, selon lesquels le droit naturel n'est que le reflet de l'ordre naturel des choses, et l'époque moderne,

⁶³ T. BERNIS, «Typologie des droits de l'homme et spécificité collective: une approche philosophique», in E. BRIBOSIA/L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 219 et s.

entre le XVIIe et le XVIIIe siècles, grâce principalement à l'œuvre de Rousseau, qui a interprété ce droit inaliénable et sacré comme découlant de la nature humaine. L'être humain est donc sujet de droit de par sa naissance et dans cette perspective, il est protégé non seulement sur un plan horizontal, dans le cadre des rapports avec les autres individus, mais également sur un plan vertical, dans son rapport avec l'autorité⁶⁴. Dans cette perspective, les droits de la défense marquent la limite entre les droits individuels et l'autorité étatique. En outre, selon la doctrine du droit naturel, il existe deux systèmes de normes qui règlent la conduite humaine : celui qui est constitué par les normes justes de par la nature, un système permettant la désobéissance civile du fait de sa supériorité, puisque, selon le mythe d'Antigone, il se base sur des valeurs éthiques (1) et les normes justes selon la loi, à savoir un système constitué par les normes établies par l'Etat ou de dérivation divine (2). Quelle que soit l'origine de ces normes, ce qui est certain est que l'individu est, en pleine égalité, titulaire de certains droits universels.

1. La justice et l'équité

Les droits de l'homme ont été considérés surtout en opposition au pouvoir souverain, pour protéger l'individu contre tout abus de l'autorité. Cela a été fait parfois sur la base de considérations au caractère moral, l'homme ayant toujours eu besoin de principes moraux pour régler les interactions humaines, dans la mesure où, selon certains, la moralité serait la «logique» des actions humaines. Aristote donne un fondement éthique à l'action humaine, intimement liée aux concepts de bien suprême, de justice et d'équité. La justice est la recherche d'«une juste mesure relativement à l'égalité»⁶⁵. Déjà, à cette époque, l'idée de justice n'était pas disjointe de celle d'équité, de légalité et de juste mesure, le mot égalité a d'ailleurs la même origine étymologique que le mot équité, qui désigne «le principe impliquant l'appréciation juste, le respect absolu de ce qui est dû à chacun»⁶⁶. Le concept d'égalité lié à la justice se traduit dans l'égale attribution de droits propres à chaque individu, en tant que droits naturels, des droits supérieurs dotés d'une force égale pour tous.

⁶⁴ G. BRAIBANT (dir.), *Sciences de la vie. De l'éthique au droit*, Etude du Conseil d'Etat, La Documentation française, NED, Paris, 1988, p. 15 et s.

⁶⁵ Pour Aristote (384 - 322 a. C.) le bien suprême peut être atteint selon différents moyens, dont le meilleur est le juste moyen, qui est placé entre les deux extrêmes constitués par le vice extrême par défaut et le vice extrême par excès. L'homme, par ses actions, tend vers le bien suprême incarné par la félicité (ευδαιμονία) et la vertu, à savoir l'éthique, est une finalité qu'il cherche à atteindre de façon naturelle ; voy. en particulier la livre Ve de l'Éthique à Nicomaque, Aristotele, *Etica Nicomachea*, Biblioteca Universale Rizzoli, Milano, 1986, pp. 321-385; pour un commentaire de l'Éthique voy. L. CURNARIE, *Éthique à Nicomaque. Commentaire*, Philopsis éditions numériques, 2007, p. 4 et s., disponible en ligne (consulté le 3 décembre 2011); D. FENOUILLET, «Égalité, discriminations, état civil: dynamique et incertitudes», in J. MONNET (dir.), *Huitième Journée René Savatier. Communautés, discriminations et identité*, Université de Poitiers, Collection de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales, LGDJ, Poitiers, 2007, pp. 96-97.

⁶⁶ F. TERRE, «Réflexions sur un couple instable: égalité et équité», in *L'égalité, Archives de philosophie du droit*, Tome 51, Dalloz, Paris, 2008, pp. 21-27.

D'une part, il y a la justice de l'homme exprimée par la loi, qui reste toujours susceptible d'erreur en tant que fruit de l'action de l'homme; d'autre part, il y a l'action de l'homme qui se fonde sur la vertu, à savoir l'éthique, sur des choix et comportements jugés préférables d'un point de vue moral. En effet, la recherche éthique poursuit constamment un rapport d'équivalence entre conduites idéales, lois idéales et communauté politique idéale, dans une vision de justice à caractère universel. L'auteur de la Constitution des Athéniens pose sur le même plan l'idée de justice et l'idée d'équité, en tant que paramètre nécessaire pour réattribuer le caractère universel à la loi formelle conçue par l'homme. La supériorité de l'équité élève donc la justice à son niveau. On pourrait oser donner une interprétation audacieuse de la philosophie d'Aristote, en saisissant l'aspect révolutionnaire de son intuition, dans la mesure où elle aurait donné le substrat le plus profond à la définition contemporaine de procès équitable, à travers l'introduction du concept *ante litteram* de «justice équitable». Dans la même mesure, il a présagé l'idée d'une justice à caractère universelle, propre à la C.P.I.

2. Droits individuels sacrés

La même conception d'une justice équitable, universelle et juste se rapproche d'une vision sacrée de l'individu, qui est titulaire de certains droits naturels, indisponibles et inaliénables, en tant qu'émanation de Dieu⁶⁷. Mais la religion, si elle a d'une part, affirmé et protégé la jouissance de certains droits inaliénables et sacrés, elle a, d'autre part, fortement limité les libertés individuelles et dans certains cas dérogé gravement à l'obligation de respecter la dignité de la personne humaine, surtout au cours de procédures judiciaires⁶⁸. Les atrocités perpétrées au nom d'une justice divine par les Chrétiens en Amérique Latine⁶⁹ ou au cours des procès devant les Tribunaux de l'Inquisition témoignent que le pouvoir, aussi bien religieux que laïque, n'échappe pas à la tentation de

⁶⁷ Il s'agit de la pensée d'Augustin (354-430), qui introduit une vision plus rationnelle des droits naturels, et de Thomas d'Aquin (1224-1274), qui insiste sur le concept de droit naturel de dérivation divine. Cette approche est âprement contestée par les courants théologiques du Moyen Age, voire Guillaume d'Occam (XIV siècle), qui entend la raison comme un simple moyen de notification à l'homme de la volonté de Dieu, qui peut modifier le droit naturel. A l'époque de la Réforme protestante de Lutère (1483-1546) et Calvin (1509-1564), l'obéissance au pouvoir de l'autorité de dérivation divine devient incontestable, voy. les *Intitution* de Calvin, Genève, où la société civile se caractérise par la présence du magistrat, de la loi et du peuple; pour une interprétation conforme à la doctrine thomiste voy. également FRANCISCO SUAREZ (1548-1617), *De legibus*.

⁶⁸ J.-J. SHESTACK, "The Philosophical Foundations of Human Rights", in J. SYMONIDES (éd.), *Human Rights: Concept and Standards*, Unesco Publishing, Lincolnshire (UK), 2005, pp. 31-66.

⁶⁹ Les procès sommaires et les exécutions brutales perpétrées par les Espagnols contre les populations inoffensives et pacifiques des Indes furent dénoncés en 1542 par Bartolomé de Las Casas, «*Hor si consideri, per Dio, da quelli, che ciò leggeranno, che operatione sia questa, e se supera qualsivoglia crudeltà, e ingiustizia, che imaginar si possa; e se quadra molto bene à questi tali Christiani il chiamarli diavoli, e se potrebbe esser peggio il raccomandar gli Indiani alli diavoli dell'inferno, che il raccomandarli alli Christiani dell'Indie*», BARTOLOME DE LAS CASAS, *Breve relazione sulla distruzione delle Indie*, Danatnews Editrice, Roma, 2006, pp. 128 et 135.

l'arbitraire et de la flagellation justicialiste dans la stigmatisation autant de l'infidélité que de l'illégalité⁷⁰. Toutefois, parmi les racines historiques des droits de l'homme, la religion a eu le mérite d'avoir introduit elle aussi des concepts comme l'égalité et la justice, une justice sociale se fondant sur l'idée d'égalité parmi les hommes, égaux devant la loi comme ils le sont devant Dieu. Le trait commun entre l'approche théologique et l'approche purement éthique reste celui selon lequel une loi de l'État, à savoir une loi positive, n'oblige pas si elle est en contraste avec le droit naturel, puisqu'elle est une loi injuste⁷¹.

B. La dimension universelle et immuable des droits individuels

La conjugaison entre droit et raison donne aux droits individuels une dimension plus rationnelle, faisant naître le besoin de préserver des valeurs universelles dans un esprit solidariste (1). Ainsi, au cours des siècles, à une sacralité religieuse des droits individuels s'est graduellement opposée une sacralité laïque à caractère universel de droits appartenant à tous, indépendamment de la volonté divine⁷²(2).

1. Les principes universels protégés par la justice

Selon les différentes théories qui ont analysé le rapport entre l'individu et l'autorité, les droits individuels se croisent avec des concepts comme universalité et justice (a). En tant qu'être humain, l'homme est titulaire de dignité et de droits, et le peuple est composé de citoyens situés au même niveau d'égalité et de liberté (b).

a. L'esprit solidariste de la justice universelle

Les deux concepts de justice universelle et de droits inhérents à l'homme ont évolués conjointement, surtout aux époques de bouleversements religieux. Grâce à Grotius et Pufendorf⁷³, les droits naturels propres à l'individu ont subi un processus de laïcisation en vertu duquel ils se

⁷⁰ Les pratiques d'infliction des peines infligées par les tribunaux de l'Inquisition sont magistralement décrites par certains auteurs, à cet égard voy. E. A. POE, *The Pit and The Pendulum*, Gruppo Editoriale L'Espresso, Roma, 2009, pp. 39-47.

⁷¹ N. BOBBIO, *Dizionario di politica*, UTET, Torino, 1983, pp. 469-474.

⁷² En réalité, le concept d'une loi universelle et éternelle, invariable pour tous les peuples et pour toutes les époques, mais en même temps conforme à la raison, était déjà présent dans le *De re publica* de Cicéron ; mais, surtout au cours des siècles XVIIIème et XIXème, le besoin de sécurité juridique conduisait graduellement vers sa rationalisation et systématisation, d'ailleurs les codifications les plus importantes, comme le code Napoléon, remontent à cette époque.

⁷³ Huig van Groot, dit Grotius (1583-1645) et Samuel von Pufendorf (1632-1694), *De iure naturae et gentium*, lib. VIII, cap. III, § VII.

sont détachés définitivement de tout lien religieux et se sont soumis à une véritable méthode scientifique. Selon cette clé interprétative, il y a une aspiration humaine à vivre en harmonie et en paix. Il s'agit d'une tendance inhérente à l'être humain qui porte les individus à protéger une harmonie universelle qui appartient au droit des gens⁷⁴; celui du *jus gentium* est un concept subjacent à la justice pénale internationale, qui poursuit et sanctionne les *delicta juris gentium*. Selon Grotius, il y a des principes qui doivent être acceptés, préservés et règlementés par tous les peuples, au nom non plus d'un dieu mais d'un sentiment de solidarité universelle et de convergence des volontés – où la *juste raison* partage les actions moralement honnêtes de celles qui ne le sont pas⁷⁵, selon un esprit précurseur de l'esprit conventionnel propre à l'Accord de Rome.

Selon le père du droit international public moderne, ce droit à vocation universelle doit coexister avec la volonté humaine et, ainsi comme pour les traités internationaux, ils ne peuvent entrer en conflit entre eux car *pacta sunt servanda*⁷⁶. Dans l'analyse de J.-J. Chevallier, il est possible d'envisager le lien entre nature coutumière et celle conventionnelle du droit international, dont les droits de l'homme sont les fils bien aimés⁷⁷. Ensuite, la doctrine d'un droit naturel rationnel sortant du XVIIIe et du XIXe siècle a continué à fixer des règles et limitations au pouvoir de l'État sur l'individu. Selon l'analyse du pouvoir despotique de Montesquieu, «une injustice faite à un seul est une menace faite à tous», parce que justice et droit font partie intégrante de la « nature des choses »⁷⁸.

b. Les individus libres et égaux en droit et dignité

Rousseau critique l'approche de Grotius⁷⁹, jugée antidémocratique et coupable de ne pas avoir limité le pouvoir souverain, qui risque à tout moment de se laisser corrompre par la

⁷⁴ J.-J. CHEVALLIER, *Storia del pensiero politico moderno*, Vol. II, L'età moderna, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 152 et s.; G. SCELLE, *Précis de droit des gens: principes et systématique*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1932, p. 38 et s.

⁷⁵ D'avis contraire à Grotius, T. Hobbes (1588-1679) voit une tendance naturelle de l'homme à vivre en guerre, en poursuivant des finalités utilitaristes; les individus-Léviathan sont donc destinés à agir comme des loups; par contre, John Locke (1632-1704) comprendra la nécessité de progresser dans l'état originaire naturel propre aux êtres humains pour arriver à la construction d'une communauté politique plus évoluée de celle de Grotius.

⁷⁶ H. VAN GROOT, *De jure belli ac pacis*.

⁷⁷ J.-J. CHEVALLIER, *ibid.*, pp. 153-160 et 237-242.

⁷⁸ Montesquieu (1689-1755) a influencé la Constitution française de 1791 et contribué à fixer les bases pour les libertés fondamentales. Le courant rationnel du droit naturel avait colloqué celui-ci comme base pour les législations positives, considérées comme une limitation tolérable des lois de la nature et par conséquent, du droit des gens. La loi pénale, dont Montesquieu condamne toute cruauté, se fonde sur la nécessité de protéger la sûreté, l'innocence et la liberté du citoyen, dans la mesure où le rapport entre pouvoir et citoyen doit être réglé par le juste moyen, cf. *L'Esprit des Lois*; en la matière, voy. S. COTTA, *Montesquieu e la scienza della società*, Ramella, Torino, 1953, p. 20 et s.; J.-J. CHEVALLIER, *op. cit.*, pp. 307-355.

⁷⁹ Bien que Grotius soit le père du jus-naturalisme moderne, la doctrine du droit naturel est surtout liée à l'œuvre de Rousseau (1712-1778) et Kant (1724-1804).

perpétration d'abus contre l'individu⁸⁰. *L'homme est né libre et partout il est dans les fers*⁸¹, particulièrement l'homme accusé, bien que la référence aux «fers» ait une signification métaphorique⁸². Les Constitutions françaises resteront fidèles à Rousseau, établissant que «*les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit*»⁸³. Les deux concepts de liberté et d'égalité sont donc le point de départ pour le respect des droits de l'homme et, aux fins de notre analyse, des droits de l'accusé, qui doit être jugé en pleine égalité. L'homme doit se trouver dans une condition de liberté, dans le sens le plus large du terme, à savoir liberté de se défendre au mieux et non exclusivement liberté personnelle contre toute restriction. A ces deux concepts s'ajoutera un troisième, celui de la fraternité propre à la tradition française. Cette valeur complète l'approche humaniste qui peut contribuer à considérer l'individu accusé selon une vision confraternelle de solidarité lorsqu'il se trouve physiquement dans les mains d'autrui⁸⁴.

L'Age des Lumières verra la naissance des futurs défenseurs des droits de l'homme. Grâce à l'encyclopédisme, cette période fera découvrir la réalité humaine par la divulgation universelle du savoir humain⁸⁵ et, à travers la description impitoyable et la dénonciation des atrocités humaine, provoquera la désillusion de l'optimisme⁸⁶. En 1762, Voltaire, défenseur des droits de l'homme dans plusieurs affaires judiciaires, sera fortement engagé contre la condamnation injuste de Jean Calas, retenu coupable de l'assassinat de son fils Marc-Antoine⁸⁷, alors qu'en 1895, en dénonçant

⁸⁰ La liberté naturelle de l'homme est pour Rousseau un axiome, pour cela il attribue la souveraineté au peuple qui donne la Loi, qui n'est donc qu'expression de la volonté générale. Le même peuple professera une religion civile comme "Code Moral" fait d'égalité morale et légitime, dont l'auteur écrivait à Voltaire le 18 août 1756, parce que les injustices infligées à un individu innocent, pour le bien de la multitude et à cause des usurpations des gouvernements, ne peuvent plus être tolérées. J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat social ou Principes du droit politique*, CF Flammarion, Paris, 2001, en particulier: Livre III, Chapitre X *De l'abus du Gouvernement, et de sa pente à dégénérer* et Chapitre XVIII *Moyens de prévenir les usurpations du Gouvernement*.

⁸¹ Ici le passé composé ne signifie guère que l'homme, après être né libre, a en suite perdu cette condition de liberté, car le passé composé a ici la valeur du parfait latin qui énonce un résultat acquis, voy. *ibid.*, Livre I, Chapitre I, p. 46.

⁸² Selon Rousseau, l'esclavage est une absurde folie et la force simplement un acte de nécessité, "puisque aucun homme n'a une autorité naturelle sur son semblable, et puisque la force ne produit aucun droit, restent donc les conventions pour base de toute autorité légitime parmi les hommes". J.-J. ROUSSEAU, *Ibid.*, Livre I, Chapitre IV.

⁸³ Article 1 des Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et de 1793. Sur le rôle du Contrat social et sur la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen voir: J.-J. TATIN-GOURIER, *Le Contrat social en question. Échos et interprétations du Contrat social de 1782 à la Révolution*, Presses universitaires de Lille, Lille, 1989, p. 50 et s.

⁸⁴ Sur la théorie des droits naturels, sur le *Contrat social* et le *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* se sont fondées les Chartes constitutionnelles et les Déclarations sur les droits de l'homme.

⁸⁵ Notamment de Diderot (1713-1784) et D'Alembert (1717-1783), en particulier voy. D. DIDEROT, *Œuvres Politiques*; à la divulgation de valeurs universels contribua beaucoup la Franc-maçonnerie, dont le déisme philanthropique, le cosmopolitisme et l'idée de centralité de l'homme firent répudier toute forme de souffrance humaine causée par l'État, voy. G. E. LESSING, *Dialogues maçonniques*; J.-J. CHEVALLIER, *ibid.*, pp. 359-402.

⁸⁶ Voltaire (1694-1778), en particulier voy. *Candide*, Chapitre II. Dans le contexte judiciaire, Voltaire deviendra le défenseur des droits de l'homme dans plusieurs affaires. Sur la nécessité de combattre les abus des gouvernements par la loi et non par la violence, voy. également *La Morale Universelle* du Baron d'Holbach (1723-1789) et D. Hume (1711-1776), *A Treatise of Human Nature* et *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*.

⁸⁷ Seulement en 1764, après une lutte judiciaire acharnée, les Calas seront réhabilités par le Conseil du Roi. Pour une chronique passionnante, voy. F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 40-43.

l'affaire Dreyfus, Émile Zola focalisera l'attention de l'opinion publique nationale et internationale sur le droit de recevoir un procès équitable⁸⁸. Des concepts comme «*dignité humaine inhérente*» à l'être humain et «*droits inaliénables*» rendent l'homme une fin en soi-même et pas un moyen, selon l'impératif kantien⁸⁹. L'homme n'a pas de prix et la dignité humaine a une valeur inestimable. Même l'homme le plus méchant, qui s'est rendu coupable des actes les plus abominables, ne peut pas être puni de façon inhumaine puisque sa dignité doit toujours être respectée. Dans notre perspective, nous pouvons interpréter la *dignitas* kantienne comme l'essence éthique des droits de la défense modernes : selon cet impératif éthique, aucune violation de la dignité humaine ne doit être permise⁹⁰. La doctrine d'un droit naturel rationnel sortant des XVIIIe et XIXe siècles poursuivait donc toujours l'objectif constant de limiter le pouvoir de l'État sur l'individu.

2. La suprématie de l'Etat sur l'individu

A cause de la subjectivité excessive et intrinsèque des concepts de droit naturel et de valeur morale, l'universalité des droits de l'homme était contestée par les jus-positivistes et par le relativisme culturel et moral. Il n'y a pas de droits de l'homme absolus à cause de l'existence d'une multiplicité de cultures avec des valeurs différentes mais toutes valides (a). Mais, le relativisme culturel ne justifie pas les violation des droits de l'homme, qui peuvent subir des limitations uniquement pour préserver des intérêts supérieurs et toujours dans le respect de la dignité humaine (b).

a. La négation de la valeur morale de la loi

Par l'affirmation "*Natural right as bawling on paper or Natural right is simple nonsense*" Bentham considère illégitime toute transposition du droit du plan de la validité formelle à celui de la valeur⁹¹. Les droits naturels n'existent pas sans une intervention de la part des acteurs juridiques⁹².

⁸⁸ L'injuste condamnation du capitaine français d'origine juive, Alfred Dreyfus, donnera naissance à la Ligue des Droits de l'Homme et à la Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme.

⁸⁹ Selon Immanuel Kant (1724-1804), la Loi morale doit avoir un fondement catégorique universel valable pour tous naturellement, sans distinction de sexe, de religion ou de race, voy. I. KANT, *La métaphysique des mœurs*; L. HENNEBEL, «Les droits intangibles», in E. BRIBOSIA/L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 195-218.

⁹⁰ A. CASSESE, *I Diritti Umani Oggi*, GLF Editori Laterza, Roma - Bari, 2005, pp. 54-59; Voy. également l'ouvrage, A. CASSESE, *Umano-Disumano. Commissariati e prigionieri nell'Europa di oggi*, Laterza, Roma-Bari, 1994.

⁹¹ J. BENTHAM, *Anarchical Fallacies, Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh :William Tait, 1845; H.-A. BEDAU, "Anarchical Fallacies": Bentham's Attack on Human Rights, *Human Rights Quarterly* (February 2000), Vol. 22, N. 1, pp. 261-279.

⁹² P. DUEZ, "Esquisse d'une définition réaliste des droits publics individuels", in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1933, p. 111.

Seul un système juridique doté de sanctions peut donner validité aux droits de l'homme⁹³. Pour Bentham, les concepts de droit, de justice, de liberté sont assujettis aux intérêts contingents. Sur la base de ces critiques d'irrationalité, le droit positif se proposait de combler à travers la loi les imperfections du droit naturel et d'éliminer toute incertitude liée à sa dimension métaphysique. Sur la ligne de la doctrine hégélienne, la conceptualisation marxiste de la société interdisait toute reconnaissance des droits individuels et, par conséquent, supprimait les droits civils et politiques, parmi lesquels les droits de la défense, produisant des violations systématiques des droits individuels surtout en matière de justice pénale. Dans cette société, les seuls droits existants sont ceux garantis par l'État pour sa propre existence et les seuls intérêts poursuivis sont ceux qui servent à la collectivité. Il s'agit d'une théorie incompatible avec le système juridique international pour la protection des droits de l'homme. Le positivisme juridique des régimes totalitaires, où les lois raciales avaient trouvé une légitimation⁹⁴, «*considère en effet le droit comme un ordre clos, coupé non seulement de toute métaphysique mais aussi de toute référence aux valeurs morales*». Cette conception du droit a représenté le substrat pour la négation des garanties judiciaires et le justicialisme sommaire des régimes totalitaires⁹⁵: Le relativisme culturel justifiait certaines violations sur la base de différents modèles culturels et moraux⁹⁶.

b. L'inviolabilité de la dignité humaine

Dans le cadre du rapport entre l'individu et le pouvoir étatique, le débat doctrinal du XX^{ème} siècle se focalise particulièrement sur le fondement de la justice, puisque les droits de l'homme

⁹³ Dans la pensée de positivistes comme Augustin, un précurseur du positivisme, Jeremy Bentham (1748-1832), la loi trouve son autorité en elle-même, pour le fait d'être loi et sans aucune considération ou référence aux valeurs morales. Dans *Les Confessions*, Augustin affirme que la foi n'est pas détachée de la raison, dans la mesure où il faut comprendre pour croire. Selon le positivisme juridique de l'italien Norberto Bobbio (1909-2004), le droit est un fait et non une valeur et, en tant que fait, le droit se passe de toute évaluation morale puisque sa validité fait abstraction de sa valeur morale, et sa validité et sa certitude se basent simplement sur sa structure formelle, indépendamment de son contenu, voy. N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. 40 et s. ; N. BOBBIO, *Il dubbio e la scelta; Intellettuali e potere nella società contemporanea*, NIS, Roma, 1993, pp. 26-29 ; du même auteur, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1984, p. 127 et s.

⁹⁴ Du simple fait d'être des lois positives et de dépasser donc tout jugement de valeur morale ou humanitaire de la loi ; voy. C.-A. COLLIARD, *Libertés publiques*, Dalloz, Paris, 7^e éd., 1989, p. 23.

⁹⁵ Les conventions adoptées par l'O.N.U. correspondraient à un système positif de lois internationales qui à leur tour refléteraient exclusivement l'autorité des États souverains, les individus n'ayant aucune importance sur le plan international. La condamnation des valeurs universelles - mieux exprimée par l'introduction du concept de «*Volkgeist*» de Johann Gottfried von Herder (1744-1803), à savoir l'esprit du peuple - avait été instrumentalisée pendant la période nazie et réduite à un simple culte des origines et des nationalismes.

⁹⁶ Claude Lévi - Strauss (1908-2009) a contribué à la diffusion de la version moderne de cette théorie contre tout impérialisme occidental, responsable de la mort des valeurs universelles, voy. C. LEVIS-STRAUSS, *Tristes tropiques*, Plon, Paris, 1955, pp. 433-467.

poursuivent la justice⁹⁷. Selon la théorie de la justice de Rawls (1922-2002), puisque la dignité est une qualité inhérente à la personne humaine, chaque personne jouit d'une inviolabilité garantie par les principes de justice moraux et universels. Selon la théorie de la justice, il faut garantir le droit à ne pas subir ni d'arrestation ni de détention arbitraire; il faut garantir une justice distributive qui tienne compte des diverses situations, ce qui se traduit dans l'égalité substantielle (*Difference principle*); enfin, le sacrifice des libertés et des droits individuels peut être toléré exclusivement dans l'intérêt du bien commun, permettant une réconciliation des concepts de liberté et d'égalité (*Principle of Reconciliation*)⁹⁸. A travers les concepts universels d'égalité et de liberté, la théorie de Rawls a donc contribué beaucoup au concept d'universalité des droits de l'homme⁹⁹.

Dans leur ensemble, les philosophies d'Aristote, Rousseau, Kant et Rawls représentent le paradigme pour comprendre l'élaboration conceptuelle et la transformation en lois formelles des droits de l'homme et implicitement des droits réservés à l'homme accusé¹⁰⁰. En effet, cette nouvelle dimension juridique du droit naturel se retrouve dans les principes fondamentaux des plus importants instruments juridiques internationaux concernant les droits de l'homme¹⁰¹. Dans la structure de l'article 1 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, on retrouve le concept de dignité, de droits inaliénables, d'égalité, de liberté et enfin de fraternité: «*Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité*»¹⁰².

⁹⁷ Les théories les plus modernes sur les droits de l'homme donnent une réévaluation plus universaliste et historique du droit naturel, interprété comme l'expression et le résultat des transformations sociales. Selon l'approche sociologique, les droits individuels restent subordonnés aux développements sociaux du XXe siècle et selon Max Weber (1864-1920) le phénomène juridique est un fait social. Sur le même plan, Roscoe Pound (1870-1964), qui parle d'un droit naturel positif et qui catalogue les intérêts individuels, publics et sociaux, sans toutefois aller au-delà d'une analyse purement descriptive des droits individuels; J.-J. SHESTACK, *op. cit.*, p. 31-66; J. ROBERT/J. DUFFAR, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Montchrestien, Paris, 4^e éd., 1988, p. 18.

⁹⁸ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1971.

⁹⁹ En affirmant l'existence de droits fondamentaux attachés à l'individu non sur la base d'une conception métaphysique, éternelle et immuable, mais dérivants des mutations historiques, la théorie du droit naturel introduit également une idée d'universalité opposée à une vision strictement individuelle. L'internationalisation des droits fondamentaux inhérents à l'être humain, en tant que résultat du jus-naturalisme contemporain ouvrira le chemin vers la Déclaration Universelle, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les Constitutions démocratiques du XXe siècle. Voy. G. LEBRETON, *op. cit.*, p. 22-23.

¹⁰⁰ S. ABOU, *Culture set droits de l'homme*, Hachette, Paris, 1990, pp. 100-106; P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà*, in P. CALAMANDREI, *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente (1945)*, Le Balze, Montepulciano (Siena-Italie), 2003, pp. 85-117; G. ZAGREBELSKY, *Diritti di libertà e diritti di giustizia*, in G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: leggi, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 97-122.

¹⁰¹ Il s'agit de principes qui sont moraux et universels, dans la mesure où ils sont acceptés par la société toute entière à travers le contrat social. Ils se basent sur une idée d'égalité dans la jouissance des libertés et d'une justice distributive. Cette idée d'égalité des citoyens devant la Loi remonte aux Grecs, qui l'indiquaient par l'expression «*ίσονομία*». Voy. Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, L.G.D.J., Paris, 2003, p. 465 et s.

¹⁰² J.-J. SHESTACK, *ibid.*; J. RIVERO, *Les Libertés publiques*, t. 1, coll. «*Thémis*», Presses universitaires de France, 1973, pp. 129-130.

§ 2. Le cheminement parallèle de la justice pénale internationale et des standards internationaux sur les droits de la défense

Il semble a priori difficile de concevoir que la protection internationale des droits de la défense - même à l'égard de l'accusé des crimes les plus épouvantables, comme les *delicta juris gentium* - ait évolué parallèlement à la lutte contre l'impunité et à une attention plus grande envers les victimes des violations des droits de l'homme les plus graves. En effet, il faut mettre en valeur une sensibilisation envers cette catégorie de droits à l'époque où les droits de l'homme ont commencé à s'épanouir et les violations de ces droits à être sanctionnées. Toute une série de déclarations et conventions d'importance régionale et universelle traduisent cette prise de conscience, dont la conséquence a été un processus portant vers un classement progressif des garanties procédurales en faveur de l'accusé (A). D'ailleurs, l'affirmation des droits de l'accusé au sein de la justice pénale internationale suit le développement des droits de l'homme et une sensibilité croissante de la part de la communauté internationale pour le respect de certaines valeurs communes. Les droits de la défense et le droit à un procès équitable font partie de ces valeurs partagées.

C'est au cours du XXe siècle que la nécessité d'une justice pénale internationale a pris une connotation institutionnelle grâce à la conviction croissante qu'il fallait punir les responsables des crimes commis au cours des conflits mondiaux suite à des procès équitables conduits par des autorités juridictionnelles préétablies par la loi. L'Accord de Rome portant sur la création de la Cour pénale internationale n'est que la dernière étape de ce long et double processus d'institutionnalisation d'un modèle de justice et de réglementation du procès pénal international (B).

A. Les sources internationales des droits de la défense

L'épanouissement d'une conscience civile sensible aux droits de la défense a suivi le parcours qui a conduit aux déclarations (1) et aux documents conventionnels sur les droits de l'homme (2), qui contiennent les standards de protection de l'accusé universellement acceptés et transférés ensuite dans le Statut de Rome.

1. L' *iter* de cristallisation internationale

L'Antiquité révèle une attention étonnante en matière de droits de la défense. Au niveau régional certaines garanties procédurales étaient déjà réglementées par la loi et les cultures les plus développées reconnaissaient formellement à l'accusé des droits minimaux essentiels à faire valoir au cours du procès (a). L'avancement historique du processus de cristallisation des garanties procédurales a lentement conduit à l'ensemble des standards reconnus aujourd'hui sur le plan international, ainsi que celles contenues dans les instruments à portée universelle (b).

a. Les premiers documents procéduraux

Le Code d'Hammourabi contenait déjà des articles garantissant le respect des droits de l'accusé, « *Je prescris ces lois afin d'empêcher que le fort n'opprime le faible* »¹⁰³. Etant un recueil jurisprudentiel, le Code, à travers 282 articles, pré-annonçait la fusion entre la tradition de *common law* et celle de *civil law* - typique du modèle procédural de la justice pénale internationale -, dans la mesure où il illustre des cas jurisprudentiels par écrit et sous forme de lois générales et abstraites. En matière pénale, le code énonce des vrais principes généraux de droit. Par l'exemple de la calomnie, les articles 1 et 2 introduisent le principe du non renversement du fardeau de la preuve, dont la violation peut impliquer la condamnation à mort de l'accusateur¹⁰⁴. Les articles 3 et 4 contiennent une sorte de réglementation du témoignage à charge, selon des critères de crédibilité du témoin et de véracité des déclarations rendues qui évoquent les règles du droit procédural pénal actuel¹⁰⁵. L'art. 13, assignant à l'accusé le droit à un délai pour organiser sa propre défense¹⁰⁶,

¹⁰³ Fait rédiger par le roi de Babylone en 1730-1750 a. J. C., il est l'un des premiers textes juridiques existants, qui a introduit au niveau légal la loi du Talion (art. 195 ss.). Dans un esprit de maintenir l'ordre du pays et le « *bien-être de l'humanité* », le document établit la primauté de la Loi en tant que loi « *juste* », dans la mesure où elle n'est que l'émanation de la sagesse du souverain. La centralité du rôle de la loi passe à travers l'équation selon laquelle le droit équivaut à la justice et les lois de la justice se rapprochent de la justice des lois. Le jugement de valeur légale est donc contrebalancé par le jugement de valeur morale. En se proposant de protéger le plus « *faible* » et le plus « *opprimé* » contre les abus du plus fort, le Code d'Hammourabi se fonde sur le principe de légalité imposant au juge de prendre des « *décisions justes* » selon la loi, voy. R. DRAI, *Le mythe de la loi du talion*, Alinea, Paris, 1991, p. 15 et s.

¹⁰⁴ Art 1: « *Si un homme a incriminé un autre homme, et a jeté sur lui un maléfice, et ne l'a pas convaincu de tort, celui qui l'a incriminé est passible de mort* »; art. 2: « *Si un homme a jeté un sort sur un autre homme, et ne l'a pas convaincu de tort, celui sur qui a été jeté le sort ira au fleuve, et se plongera dans le fleuve; si le fleuve s'empare de lui, celui qui l'a incriminé prendra sa maison; si le fleuve l'innocente et le garde sauf, celui qui a jeté le sort sur lui est passible de mort; celui qui s'est plongé dans le fleuve prendra la maison de celui qui l'avait incriminé* ».

¹⁰⁵ Art. 3: « *Si un homme, dans un procès, s'est levé pour un témoignage à charge, et s'il n'a pas justifié le propos qu'il a tenu, si cette cause est une cause de vie (ou de mort), cet homme est passible de mort* » ; art. 4: « *S'il s'est levé pour un (tel) témoignage (en matière de) blé ou d'argent, il portera la peine de ce procès* ». L'art. 5 prévoit le principe de la responsabilité du juge, passible d'une sanction en cas de faute dans son jugement « *Si un juge a rendu une sentence, formulé une décision, libellé une tablette, si ensuite il a annulé cette sentence, on fera comparaître ce juge pour l'annulation de la sentence qu'il a rendue, et la revendication de ce procès, il l'acquittera douze fois et publiquement on l'expulsera de son siège de justice, il n'y retournera plus, et ne siègera plus avec ses juges dans un procès* ».

¹⁰⁶ Art 13: « *Si les témoins de cet homme ne sont pas à proximité, le juge fixera un délai jusqu'au sixième mois. Si pour le sixième mois, il n'a pas amené ses témoins, cet homme est de mauvaise foi, et portera la peine de ce procès* ».

souligne le degré avancé de la législation babylonienne en matière de garanties déjà 2000 ans avant J.C.

Dès la Grande Charte de Jean-sans-Terre, en 1215, le droit à être soumis à un juge tiers impartial et à ne subir aucune détention arbitraire sont garantis au citoyen contre tout possible arbitraire du roi, «*Nullus liber homo capiatur vel impresonetur aut dissaisiatur aut utlegatur aut exuletur aut aloquo modo destruator nec super eum ibimus nec super eum mittemus nisi per legal iudicium parium suorum vel per legem terrae* »¹⁰⁷. La même protection de l'accusé *in vinculis* a été ensuite exprimée, en 1689, par la Pétition des Droits, le *Bill of Rights* imposé au roi Charles Ier par le Parlement anglais. De même que la Grande Charte, la Pétition introduit le principe de l'*habeas corpus*, littéralement «que tu aies ton corps», selon lequel tout individu arrêté doit être présenté devant un juge indépendant dans les trois jours, afin d'interdire toute arrestation arbitraire. Ce principe était destiné à caractériser les démocraties modernes, en tant que signe de respect des libertés publiques et de bonne santé de l'état de droit. Toutefois, jusqu'au XIXe siècle, le pouvoir souverain a été exercé sur l'individu de manière presque totale, celui-ci pouvant être à tout moment emprisonné, torturé et tué au nom de la raison d'État.

b. Les droits de la défense dans les Déclarations

i. La protection de l'accusé dans les Déclarations américaine et française

Par la Déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen (20-26 août 1789) et la Déclaration d'indépendance des États-Unis d'Amérique (4 juillet 1776), les États ont commencé à substituer le droit à la force dans les rapports avec les individus¹⁰⁸. Malgré les remarquables conquêtes dans l'attribution de certains droits individuels, les Déclarations considéraient encore les droits comme étant des concessions ou des privilèges « octroyés » par l'État au citoyen¹⁰⁹. La Déclaration française contient les premiers rudiments de l'éthique juridique, «*La loi est expression*

¹⁰⁷ *Magna Charta*, § 39. Dans la traduction française «*Aucun homme libre ne sera arrêté ou emprisonné, ou dépossédé de ses biens, ou déclaré «outlaw», ou exilé, ou lésé de quelque manière que ce soit, et nous n'irons pas contre lui et nous n'enverrons personne contre lui, sans un jugement loyal de ses pairs, conformément à la loi du pays*»; dans la version anglaise: «*No free man shall be sized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land*».

¹⁰⁸ Si l'impulsion en faveur des droits individuels a vu une accélération au cours du XXe siècle, il faut reconnaître que les plus importantes déclarations sur les droits de l'homme remontent au XVIIIe siècle, mais il s'agissait encore d'une protection sur le plan régional, suivant les bouleversements sociaux violents, tels que la Révolution américaine (1775-1783) et la Révolution française (1789), soutenus par les idéaux libéro-démocratiques. Voy. G. LEBRETON, *op. cit.*, pp. 68-70; J. MORANTE, *Droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, Paris, 3^e éd., 1996, p. 20 et s.; M. DELMAS-MARTY (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, Paris, 1996, p. 40 et s. ; A. CASSESE, *ibid.*

¹⁰⁹ Voy. G. SABBATUCCI/ V. VIDOTTO, *Storia contemporanea. L'Ottocento*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 19 et ss.

de la volonté générale... tous les citoyens, étant égaux à ses yeux...»¹¹⁰. Parmi ces 17 articles, trois s'occupent spécifiquement des garanties judiciaires en matière pénale, en particulier les articles 7¹¹¹, 8¹¹² et 9¹¹³ en matière de légalité de la loi, de la peine et de présomption d'innocence. La primauté du droit, propre aux premières déclarations, reconnaît à l'individu sa liberté et sa dignité. Seule la loi a le pouvoir de limiter l'homme dans la jouissance de ses droits naturels et de permettre qu'il soit privé de sa liberté personnelle, qu'il soit arrêté, détenu et condamné, le principe de légalité contrôlant tout abus de la part de l'autorité¹¹⁴.

Par ailleurs, le parcours historique qui a conduit aux Déclarations française et américaine a vécu une évolution conjointe¹¹⁵. La Déclaration d'indépendance des États-Unis d'Amérique, en tant que fondement de la Constitution américaine, contient des principes qui garantissent la protection des libertés fondamentales et des droits individuels des citoyens qui sont à la base des droits de la défense¹¹⁶. Ce fut en visant la protection des droits naturels et inaliénables de l'homme que, le 4

¹¹⁰ Voy l'art. 6; J. GODECHOT (dir.), *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Garnier Flammarion, Paris, 1995, pp. 33-35.

¹¹¹ Art. 7 «Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires doivent être punis; mais tout citoyens appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant: il se rend coupable par la résistance».

¹¹² Art. 8 «La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée».

¹¹³ Art. 9 «Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi».

¹¹⁴ G. LEBRETON, *ibid.*, p. 124.

¹¹⁵ Le début de ce parcours a été attribué à l'action exclusive de Rousseau, Voltaire et aux conséquences de la Révolution française. Toutefois, il faut reconnaître le lien très fort entre révolution française et révolution américaine. En effet, la Déclaration d'indépendance américaine partageait les idées européennes en établissant que les droits de la personne humaine sont des droits naturels et en tant que tels, établis antérieurement à la formation du contrat social. Ils sont donc inaliénables et ne peuvent jamais faire l'objet de renonciation de la part de l'individu, et aucun régime ne peut les réduire ni suspendre. D'une part, il y avait donc une prise de conscience de la part de l'*intelligentsia* française, représentée surtout par Rousseau et les encyclopédistes D'Alembert et Diderot, les vrais inspirateurs de la révolution, qui, à travers une méthodologie méticuleuse de diffusion du savoir, visaient à réveiller la conscience sociale et à dénoncer les abus découlant de l'absolutisme ; d'autre part, le mouvement des Lumières européen, qui s'était fait porte-parole du mécontentement populaire, était constamment suivi avec attention et admiration par l'ensemble des intellectuels américains et anglais, notamment Thomas Jefferson, Benjamin Franklin et Thomas Paine. L'on peut entrevoir dans le mouvement révolutionnaire français un rôle de guide dans la lutte en faveur de l'indépendance américaine. Des raisons chronologiques empêchent d'entrevoir ce rapport de cause à conséquence, mais surtout la particularité socioculturelle de la lutte américaine pour la libération contre une puissance du vieux continent. Il ne faut pas oublier que les colonies du nouveau continent, par rapport aux pays de la vieille Europe, présentaient déjà des gouvernements représentatifs grâce à l'institution d'assemblées législatives élues par le peuple. Même avant la Révolution française, la lutte américaine pour un modèle de société plus libre et plus juste, conduite sous l'impulsion d'associations secrètes telles que les *Sons of Liberty*, avait suscité l'admiration et l'intérêt des intellectuels démocrates européens qui dans ce ferment politico-social retrouvaient les principes clés propres à la pensée des Lumières. Voy. J. De VIGUERIE, *Histoire et Dictionnaire du Temps des Lumières, 1715-1789*, Éditions Robert Laffont, Paris, 1995, pp.490-49 ; G. SABBATUCCI/ V. VIDOTTO, *op. cit.* pp. 3-17 ; Quant aux influences de la Déclaration américaine sur la Déclaration française, voy. la motion de La Fayette sur la Déclaration qui s'inspira du préambule de la Déclaration américaine dont l'auteur était Thomas Jefferson, Archives de France, *Des Etats généraux au 18 brumaire. La Révolution française à travers les archives*, Archives Nationales-La Documentation française, Paris, 1988, pp. 49-55.

¹¹⁶ Pour la thèse en faveur du rôle guide de la révolution française, voy. P. BERCIS, *Guide des droits de l'homme, La conquête des libertés*, Hachette, Paris, 1993, pp. 23-30.

juillet 1776, la Déclaration d'indépendance de Thomas Jefferson fut adoptée, marquant ainsi l'acte de naissance des États-Unis d'Amérique et l'affirmation que «...*tous les hommes sont créés égaux; ils sont dotés par le Créateur de certains droits inaliénables...*»¹¹⁷. On peut donc oser parler d'influences européennes et américaines mutuelles, se situant sur la vague d'une conjoncture extraordinaire d'événements historiques presque contemporains et d'exigences sociales caractérisant en même temps les deux côtés opposés du globe, en tant qu'expression d'idéaux démocratiques par certains aspects identiques et, par conséquent, universellement reconnus¹¹⁸.

ii. La protection de l'accusé dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme

Après la Seconde Guerre mondiale, grâce à la Charte des Nations Unies (San Francisco, 1945)¹¹⁹, l'idée que l'individu soit digne de protection, puisque titulaire de droits, avait déjà largement contribué à l'affirmation des droits de l'accusé. Toutefois, nonobstant pour la Charte de San Francisco le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales était nécessaire afin de maintenir la paix et la sécurité internationales¹²⁰, c'est grâce à la Déclaration Universelle (10 décembre 1948) que les droits de l'homme sont finalement reconnus en tant que valeur absolue, détachée donc de toute subordination à la paix et à la sécurité internationale¹²¹. C'est surtout grâce à la Charte et à la Déclaration Universelle que des principes généraux et des droits directement attachés à l'individu accusé s'affirment au niveau international et sur le plan national dans des instruments législatifs fondamentaux, notamment les Constitutions des États¹²².

Les articles 5, 7, 8, 9, 10 et 11 de la D.U.D.H. s'occupent spécifiquement des droits de l'accusé¹²³. A côté des principes généraux établissant l'égalité devant la loi¹²⁴, l'interdiction de la torture ou des peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants¹²⁵ et le droit à un recours

¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 207-209.

¹¹⁸ Parmi les événements historiques qui ont contribué à l'influence réciproque d'idéaux entre les deux continents, l'alliance militaires françaises en faveur de l'indépendance américaine, reconnue par la France en 1777, avant même la signature, en 1783, du Traité de Versailles mettant fin à la guerre.

¹¹⁹ Plus précisément, entrée en vigueur le 24 octobre 1945, A/RES/217 A (III) du 10 décembre 1948, résolution adoptée par 48 voix contre 0, avec 8 abstentions et 2 non-votants, voy. E. David/C. van ASSCHE, *Code de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2004 ; pour un *excursus* en la matière voy. L. PINESCHI (dir.), *La Tutela internazionale dei Diritti Umani*, Giuffrè Editore, Milano, 2006, pp. 1- 40; M.-O. MAURIZE (dir.), *Au-delà de l'État. Le droit international et la défense des droits de l'homme*, Amnesty International, Puvrez S. A., Bruxelles, 1992, p. 67.

¹²⁰ Charte des N.U., art. 1(3).

¹²¹ J.-P. COT/A. PELLET, *La Charte des Nations Unies*, Economica, Paris, 2^e édition, 1991, pp. 23-69.

¹²² T. BUERGENTHAL, "International Human Rights in an Historical Perspective", in J. SYMONIDES (dir.), *Human Rights: Concept and Standards*, UNESCO Publishing, Lincolnshire, 2002, p. 3 et s. ; A. CASSESE, *ibid.*, p. 12 et s.

¹²³ L. DOSWALD-BECK/R. KOLB, *Garanties judiciaires et droits de l'homme*, Engel Verlag, Kehl/Strasbourg/Arlington, 2004, p. 95 et s.

¹²⁴ Voy. art. 1er: "*Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits...*", formulation qui remonte à la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen ; voy. également, le paragraphe 1 de l'art. 2 et l'art. 7 "*Tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi...*".

¹²⁵ Art. 5 de la Déclaration.

effectif, la Déclaration introduit le principe de la présomption d'innocence et, de manière plus générale, assure à l'accusé l'attribution de «...*toutes les garanties nécessaires à sa défense...*»¹²⁶. Elle fixe donc des règles générales à respecter dans le contexte d'un procès pénal, mais également des droits plus spécifiques, tels que celui à ne pas subir d'arrestation ni de détention illégale¹²⁷. En outre, l'article 10 établit le droit de l'accusé à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial qui jugera du bien-fondé d'une accusation, introduisant ainsi des principes fondamentaux concernant les qualités incontournables de l'organe juridictionnel. En annonçant des principes universels de justice, le document établit aussi le principe de légalité de la loi et de la peine et de la non-rétroactivité¹²⁸.

2. Le passage aux sources conventionnelles

Il y a un moment où les droits individuels reconnus directement à la personne accusée sont affirmés dans des documents internationaux exprimant la volonté de la communauté internationale de doter de garanties même le bourreau responsable de crime très graves. Il s'agit d'une perception qui est née avec l'institution du premier tribunal pénal international (a), mais qui a été ensuite confirmée par les instruments régionaux et internationaux sur les droits de l'homme (b).

a. Le premier document conventionnel de la procédure pénale internationale : l'Accord de Londres

i. Les articles défavorables à la défense

La décision des Alliés de mettre en place un Tribunal Militaire International pour tenter un procès contre les dirigeants et les membres des organisations de l'Allemagne nazie accusés de crimes de guerre, de crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité fut consacrée dans l'art. 1 de l'Accord de Londres¹²⁹, qui est «*l'acte de naissance du droit international pénal*»¹³⁰. Dans son

¹²⁶ Voy. l'art. 11: «*Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public...*»; quant au droit à un procès public, voy. également l'art. 10.

¹²⁷ Art. 9.

¹²⁸ Art. 11 (2): «*Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne lui sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis.*»

¹²⁹ Signé par le Gouvernement Provisoire de la République Française, le Gouvernement des États-Unis, le Gouvernement du Royaume Uni de Grande Bretagne et d'Irlande du Nord et le Gouvernement de l'Union des Républiques Socialistes Soviétiques ; Charte de Londres, Accord pour la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des Puissances de l'axe européen, Londres, 8 août 1945, 59 Stat. 1554, 82 NURT 279.

¹³⁰ G. WERLE, «A propos du développement du droit international pénal substantiel», in M. CHIAVARIO, *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Giuffrè Editore, Paris, Milan, Dalloz, 2003, pp. 169 ; D. REBUT, *Droit pénal international*, Dalloz, Paris, 2012, p. 487 et s.

préambule, la Charte faisait référence à une volonté commune, déclarée à plusieurs reprises par les Nations Unies et contenue également dans la Déclaration de Moscou du 30 octobre 1943, de traduire en justice les grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et en particulier, ceux dont les crimes commis étaient sans localisation géographique unique ; il était donc prévu que lesdits criminels soient poursuivis et punis grâce à une décision commune des Gouvernements alliés¹³¹. L'art. 2 de l'Accord prévoyait que la composition, la juridiction et les fonctions du nouveau Tribunal soient établies dans le Statut, premier instrument procédural régissant le procès pénal international. Divisé en VII sections, le Statut du Tribunal de Nuremberg se composait de 30 articles¹³², qui réglaient le fonctionnement de cette instance, qui n'était pas une cour martiale avec une procédure expéditive ; cette juridiction relevait exclusivement de la compétence du Président des Etats-Unis et, en tant que tribunal militaire, n'impliquait pas de *placet* de la part du Congrès américain.

Malgré l'absence de certains droits de l'accusé fondamentaux, le Statut contenait un certain nombre d'articles qui donnaient l'impression de garantir un procès le plus que possible équitable¹³³. L'art. 3 excluait toute possibilité de récusation des juges de la part des procureurs, des accusés et de leurs conseils. L'article 6 affirmait le principe de la responsabilité individuelle de ceux qui, en agissant pour le compte des pays européens de l'Axe aussi bien individuellement qu'en tant que membres d'une organisation, s'étaient rendus coupables des crimes prévus et punis dans le même article. L'article 7 excluait la possibilité pour l'accusé d'être exempté de toute responsabilité et de bénéficier de réductions de peine en sa qualité officielle de haut officier de l'État ou en tant que membre appartenant aux plus hautes hiérarchies militaires. Mais, l'art. 8 conférait la possibilité d'obtenir une diminution de peine si l'accusé avait agi conformément aux instructions de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique. Le Statut prévoyait la mise en accusation aussi bien d'individus que d'organisations¹³⁴.

¹³¹ En ce qui concerne les crimes localisables géographiquement, le Préambule et l'art. 4 de l'Accord de Londres, qui faisait référence à la Déclaration de Moscou, établissaient que les autres officiers allemands et les membres du Parti Nazi, directement ou indirectement responsables de tels crimes, fussent extradés dans les Pays où leurs actes abominables avaient été commis, afin d'être jugés et punis selon les lois de ces Pays et de leurs libres gouvernements.

¹³² La Ière section porte sur la constitution du Tribunal (articles de 1 à 5), la IIème sur la juridiction et les principes généraux (articles de 6 à 13), la IIIème sur la Commission d'instruction et d'action pénale contre les grands criminels de guerre (articles 14 et 15), la IVème sur l'impartialité du jugement (article 16), la Vème sur les pouvoirs du Tribunal et le déroulement du procès (articles de 17 à 29) et la VIIème relative aux frais (article 30).

¹³³ H.-F. DONNEDIEU DE VABRES, «Le Procès de Nuremberg et le Principe de la Légalité des Peines», 26 *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* 813 (1947) ; S. GLASER, «Le Principe de la Légalité des Délits et des Peines et les Procès des Criminels de Guerre», 28 *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* 230 (1948).

¹³⁴ Parmi les organisations incriminées : le Cabinet du Reich (*Die Reichsregierung*), le Gestapo (*Geheime Staatspolizei*, la Police secrète d'État), les S.S. (*Schutzstaffeln der NSDAP*, Echelons de protection du NSDAP) et la S.A. (*Sturmabteilung*, Section d'assaut).

Le Tribunal de Nuremberg disposait d'un pouvoir discrétionnaire considérable, qui lui permettait de créer ses propres règles de procédure dont l'unique limite, soulignée par l'art. 13, consistait dans leur compatibilité avec les dispositions du Statut. L'art. 11 du Statut protégeait le principe *non bis in idem*, envisageant seul la possibilité, en cas d'une précédente condamnation de la part du Tribunal pour appartenance à une organisation jugée criminelle, d'être poursuivi et condamné ensuite par d'autres juridictions, mais à la condition que les crimes soient différents et que le caractère criminel déjà attribué à l'organisation ne soit pas mis en cause¹³⁵. L'article 12 prévoyait, quand les exigences de justice le demandaient où en cas de fuite, la possibilité d'un procès *en absentia*. Le Statut exemptait le Tribunal de toute règle pour les témoignages, en lui conférant un pouvoir discrétionnaire quant aux critères d'admissibilité des moyens de preuve¹³⁶. Une disposition particulière était contenue dans l'art. 21 qui attestait l'authenticité de certains documents considérés par le Statut comme des preuves n'ayant pas besoin d'être démontrées au cours des débats. Un exemple était constitué par les documents provenant des Commissions des pays alliés dont l'authenticité présumée privait les parties d'une vraie égalité des armes. Puisqu'il s'agissait surtout de preuves à charge, cela alimentait l'accusation de «justice des vainqueurs».

Parmi les défaillances concernant l'égalité des armes, l'alinéa e) de l'art. 14, concernant les prérogatives des Ministères Publics nommés par chaque puissance signataire, leur donnait le pouvoir de rédiger et proposer au Tribunal les règles procédurales¹³⁷. Il est évident que la simple possibilité de faire accepter *in toto* des règles concernant le déroulement du procès selon l'optique d'une seule partie, et par conséquent selon une *forma mentis* éminemment inquisitoire, n'est pas une procédure respectueuse de la présomption d'innocence ni de l'égalité des armes¹³⁸. Sous plusieurs aspects, le pendule de la justice de Nuremberg démontrait de ne pas pencher *in favor rei*.

ii. Les articles favorables à la défense

Un rééquilibrage dans la dialectique était prévu par l'art. 16, qui couvrait entièrement la section IV consacrée à l'impartialité des débats et qui semblait contenir *in nuce* une anticipation encore imparfaite de l'art. 14 du P.I.D.C.P. et de l'art. 6 de la C.E.D.H.. Afin de garantir l'impartialité, il était prévu que l'acte d'accusation comprenant chaque charge soit mis à la disposition de l'accusé

¹³⁵ Art. 10.

¹³⁶ Articles 19 et 20.

¹³⁷ Art. 13. En tout cas, face aux projets proposés par le M.P., le Tribunal restait libre de refuser ou accepter la proposition avec ou sans aucune modification.

¹³⁸ Il était prévu que l'ensemble des Ministères Publics qui formait un collège votait à majorité sur les propositions de chaque Procureur et, qu'en cas de parité, le Ministère Public qui avait formulé la proposition avait la priorité. Les propositions ne pouvaient concerner que des arrestations ou des autorisations à mener des poursuites, ce qui est d'ailleurs le but de l'action publique propre à l'accusation.

aussitôt que possible avant le débat, qu'il soit complet dans ses éléments et soit traduit dans une langue compréhensible pour l'accusé. En outre, la procédure entière devait se dérouler dans une langue que l'accusé comprenait ou, au moins, tous les actes devaient être traduits dans sa langue. Au cours de l'interrogatoire pendant l'instruction et au prétoire, le prévenu avait le droit de recevoir toutes les explications concernant les charges contre lui. De plus, l'accusé avait le droit de choisir entre nommer un conseil ou se défendre par lui-même. Il lui était également permis de produire tout moyen de preuve et de contre-interroger les témoins de l'accusation¹³⁹. En matière d'interrogatoire des témoins, l'art. 24 prévoyait le principe de l'alternance en faveur de l'accusé, qui pouvait présenter ses témoins en dernier¹⁴⁰. Sur la dialectique du procès pesait toujours le pouvoir discrétionnaire du Tribunal, qui veillait à ce que l'examen de tout problème soit rapide, ne devant permettre aucune perturbation de nature à causer des retards¹⁴¹. L'exigence d'avoir un procès rapide était donc protégée par le Tribunal qui pouvait bien refuser toute motion et déclaration inutile. Toutefois, ce pouvoir allait jusqu'à adopter une procédure sommaire contre les perturbateurs, ceux-ci pouvant inclure l'accusé, qui donc risquait d'être éloigné de la salle d'audience.

Quant aux langues parlées, les langues officielles étaient le français, l'anglais et le russe, mais l'art. 25 garantissait une traduction de tous les documents officiels dans la langue des accusés et la possibilité d'une traduction dans la langue du pays hôte du Tribunal, afin de permettre la divulgation parmi l'opinion publique. Même si, en cas de condamnation, l'art. 26 niait la possibilité de faire appel ou de demander la révision du procès, toute sentence était susceptible de modification par décision du Conseil de contrôle en Allemagne¹⁴². De plus, la révision n'était jamais *in pejus*, exception faite en cas de découverte de nouvelles preuves de culpabilité de l'accusé, qui auraient pu donner lieu à un nouveau procès. Du point de vue du droit procédural, malgré les défaillances, le Statut du T.M.I.N. - qui faisait partie intégrante de l'Accord de Londres - a représenté certainement un modèle à suivre pour la réglementation d'une procédure pénale internationale plus uniforme.

b. La protection de l'accusé dans les instruments internationaux sur les droits de l'homme

i. Le Pacte international sur les droits civils et politiques

¹³⁹ Art. 24 (g).

¹⁴⁰ L'ordre susmentionné était inversé dans la phase conclusive du débat, car l'art. 24 prévoyait le réquisitoire de l'accusation après la plaidoirie de la défense, alors que, selon la règle, le dernier mot est toujours celui de la défense.

¹⁴¹ Article 17 à 21.

¹⁴² Art. 29.

Le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques joue un rôle non négligeable dans la cristallisation des droits de l'accusé et leur définition¹⁴³, surtout l'article 14, qui a inspiré les statuts et les règlements de procédure des juridictions pénales internationales, notamment de la C.P.I.. La jurisprudence pénale internationale se fonde également sur les principes et les droits indiqués par le P.I.D.C.P.¹⁴⁴. Le respect de la dignité de la personne, l'humanité de la peine et l'interdiction de la torture, *ex art. 7 et 10*, sont des principes propres au contexte judiciaire et s'étendent jusqu'à empêcher l'utilisation des déclarations rendues sous la torture, conformément à la Convention contre la torture. En matière de droit à la liberté et à la sécurité personnelle, le Pacte impose la légalité de toute arrestation et détention, qui peuvent toujours faire l'objet d'un recours et donner droit à une réparation. De plus, la personne jouit du droit à être informée des raisons à la base de la restriction de la liberté personnelle par une «*notification*» des accusations qui intervient «*dans le plus court délai*». Dans un délai raisonnable, la personne arrêtée doit être conduite devant le juge pour être jugée¹⁴⁵. Le Pacte introduit le principe de légalité de la loi, de la peine, de la non-rétroactivité et de l'applicabilité de la loi la plus favorable à l'accusé¹⁴⁶.

Toutefois, l'article 14 reste la source privilégiée en matière de droits de l'accusé, qui contient autant de principes généraux que de droits universellement reconnus, à savoir : l'égalité devant la loi, l'impartialité et l'indépendance du juge, l'équité et la publicité du procès¹⁴⁷, la présomption d'innocence¹⁴⁸, le *ne bis in idem*¹⁴⁹, le droit à l'appel¹⁵⁰ et toute une série de garanties qui font que l'accusé dispose du temps et des facilités nécessaires pour préparer sa défense, qu'il soit informé de la nature et des motifs de l'accusation dans une langue qu'il comprend, qu'il soit assisté gratuitement par un interprète, qu'il soit jugé sans retard, qu'il soit présent au procès, qu'il soit assisté par un conseil de son choix ou commis d'office et rétribué par le Tribunal, si l'accusé n'a

¹⁴³ Adopté par A/RES/2200 A (XXI), par 106 voix contre 0, avec 0 abstentions et 16 non-votants, le 19 décembre 1966 à New York et entrée en vigueur le 23 mars 1976. Avec son Pacte jumeau sur les droits économiques et sociaux et avec leurs Protocoles facultatifs, le P.I.D.C.P. est la source de référence par excellence des juridictions pénales internationales. Les droits civils sont associés aux droits politiques, qui concernent les droits d'un individu à participer de façon directe ou indirecte à la vie politique de la société, et se distinguent des droits socio-économiques qui visent à éliminer chaque forme d'inégalité sous un profil économique et social. Les droits culturels appartiennent à la troisième catégorie de droits de l'homme. M. J. BOSSUYT, *Guide to the «travaux préparatoires» of the International Covenant on Civil and Political Rights*, M. Nijhoff Publ., Dordrecht, 1986, p. 64 et s.; M.-O. MAURIZE (dir.), *op. cit.*, p. 68; E. DAVID et C. VAN ASSCHE, *ibid.*

¹⁴⁴ Dans le cadre de la peine de mort, sont introduits des concepts cruciaux pour la procédure pénale tels que la compétence du juge et la nécessité d'une décision faisant autorité de chose jugée avant l'application de la peine. Le droit de solliciter la grâce ou de demander la commutation de la peine représentent également des droits valables au-delà de la condamnation à la peine de mort, voy. P.I.D.C.P., art. 6(2)(4).

¹⁴⁵ *Ibid.*, art. 9(2)(4)(5).

¹⁴⁶ *Ibid.*, art. 15.

¹⁴⁷ *Ibid.*, art. 14(1).

¹⁴⁸ *Ibid.*, art. 14(2).

¹⁴⁹ *Ibid.*, art. 14(7).

¹⁵⁰ *Ibid.*, art. 14(5).

pas de moyens financiers, que lui soit reconnu le droit à l'interrogatoire des témoins à décharge et au contre-interrogatoire de ceux à charge, dans les mêmes conditions réservées à l'accusation, qu'il ne soit pas forcé de témoigner contre lui-même ni de s'avouer coupable¹⁵¹.

ii. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

Avec le P.I.D.C.P., la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, 1950) est une référence incontournable en matière de droits de l'accusé, qui a inspiré les statuts des juridictions pénales internationales¹⁵². Intitulé «Droit à un procès équitable», l'art. 6 affirme le droit de toute personne «à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi»¹⁵³. Les limitations à la publicité du procès doivent répondre à une prévision péremptoire des cas les permettant, comme la préservation de la moralité, de l'ordre public, de la sécurité nationale, de l'intérêt de mineurs ou des parties. La motivation que la publicité porterait atteinte aux intérêts de la justice est liée au critère de la présence de circonstances spéciales, étant toujours soumise à la règle générale qui impose au tribunal de mesurer la limitation de la publicité selon le critère qu'elle soit «jugée strictement nécessaire». Le deuxième paragraphe introduit le principe de la présomption d'innocence, avant d'aboutir aux droits de l'accusé énumérés spécifiquement au paragraphe 3. Il s'agit des droits principaux que l'on retrouve déjà dans l'art. 14 du P.I.D.C.P. et qui apparaissent dans les Statuts des juridictions pénales internationales comme le Statut de Rome: le droit à être informé de la nature et de la cause de l'accusation de façon détaillée, dans le plus court délai et dans une langue compréhensible pour l'accusé¹⁵⁴; le droit à disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense¹⁵⁵; le droit de se défendre par soi-même et de disposer de l'assistance d'un défenseur de propre choix et, lorsque les intérêts de la justice l'exigent et que les moyens de l'accusé ne sont pas suffisants, le droit à l'assistance légale gratuite¹⁵⁶.

¹⁵¹ *Ibid.*, art. 14(3).

¹⁵² M. E. VILLIGER, "The Principle of Subsidiarity in the European Convention on Human Rights", in L. CAFLISH, *op. cit.*, p. 623 et s.; M.-O. MAURIZE (dir.), *Au-delà de l'État. Le droit international et la défense des droits de l'homme*, Amnesty International, Puvrez S. A., Bruxelles, 1992, pp. 246-266; L.-E. PETITTI/E. DECAUX/P.-H. IMBERT (éd.), *La Convention européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1999, p. 135 et s.; G. GAIA, "Art. 1 Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo", in S. BARTOLE/B. CONFORTI/G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001, p. 23 et s.

¹⁵³ C.E.D.H., art. 6(1).

¹⁵⁴ *Ibid.*, art. 6(3)(a).

¹⁵⁵ *Ibid.*, art. 6(3)(b).

¹⁵⁶ *Ibid.*, art. 6(3)(c).

L'art. 7 est consacré au principe de légalité de la loi et de la peine, cette dernière, selon l'art. 3, ne pouvant jamais être inhumaine ou dégradante. En revanche, l'art. 5 établit les critères exceptionnels aptes à comprimer le droit à la liberté personnelle. Toute détention doit faire suite à une condamnation rendue par un tribunal compétent ou doit être infligée à cause d'une insoumission à une ordonnance rendue par un tribunal, en conformité à la loi, ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi¹⁵⁷. Dans d'autres cas, l'arrestation ou la détention peuvent être appliquées «lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner [qu'une personne] a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci»¹⁵⁸. Dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, toute personne arrêtée doit être informée des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle¹⁵⁹. En outre, la personne arrêtée et détenue doit être «aussitôt» traduite devant un juge ou une autre autorité légalement habilitée aux fonctions judiciaires, et jugée «dans un délai raisonnable» ou remise en liberté. Respectivement, les paragraphes 4 et 5 introduisent le droit au recours et à la réparation contre toute arrestation ou détention illégale ou infligée dans des conditions contraires aux critères énoncés dans l'article 5¹⁶⁰.

iii. La Convention américaine des droits de l'homme

La Convention Inter-Américaine des Droits de l'Homme (San José de Costa Rica 1969) suit le modèle offert par la C.E.D.H. et, en matière de droits de la défense, présente des prévisions normatives analogues. L'art. 5 interdit la torture et tout traitement ou peines inhumaines et l'art. 7 assure le droit à la sécurité et à la liberté personnelle, en interdisant toute arrestation ou emprisonnement arbitraire. Il s'agit d'une réglementation qui acquiert une dimension précise lorsqu'elle est considérée par rapport à la situation particulière qui avait caractérisé l'Amérique Latine au cours des années précédentes et successives à la signature de la C.A.D.H., particulièrement les années 1970-1980, lorsque les régimes dictatoriaux poursuivaient les dissidents politiques et pratiquaient systématiquement la torture par le biais d'arrestations et détentions arbitraires, accomplies suite à des opérations clandestines de police commises sous ordre ou avec l'acquiescement gouvernemental¹⁶¹. Une fois en détention, les victimes des opérations de police étaient privées de leur liberté sans un procès, sans qu'aucune garantie procédurale ne leur soit

¹⁵⁷ *Ibid.*, art. 5(1)(a)(b).

¹⁵⁸ *Ibid.*, art. 5(1)(c).

¹⁵⁹ *Ibid.*, art. 5(2).

¹⁶⁰ M.-O. MAURIZE (dir.), *ibid.*, pp. 105-128.

¹⁶¹ Un exemple fut l'élimination de trois mille dissidents politiques par la dictature militaire argentine, dénoncée publiquement en 1976 par les Mères de Plaza de Mayo; voy. D. PADOAN, *Le pазze. Un incontro con le madri di Plaza de Mayo*, Bompiani, Milano, 2005, p. 51 et s.

assurée et étaient soumises à la torture au cours des interrogatoires, avant de disparaître après avoir subi des longues périodes de détention¹⁶².

iv. Les autres conventions internationales

Parmi les autres sources internationales qui ne négligent pas des principes et des droits qui s'étendent à l'individu-accusé, il faut mentionner la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, signée à Nice le 7 décembre 2000 et devenue contraignante après le Traité de Lisbonne (2009), en particulier les articles 2(2), 4, 20 et tout le Chapitre VIème (article 47 à 50) entièrement consacré à la justice¹⁶³. Mais il y a également la Charte Africaine sur les Droits de l'Homme et des Peuples (Nairobi, 1981), en particulier les articles 3, 6 et 7. Il faut ajouter, en outre, la législation sur le droit humanitaire, telle que les Conventions de Genève (1949), notamment les articles 49 et 53 de la Convention pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, la Convention relative au traitement des prisonniers de guerre, notamment tout le IIIème Chapitre, mais aussi le IXème Chapitre de la Convention pour la protection des personnes civiles en temps de guerre. Les Protocoles Additionnels (1977) mettent également en lumière certains aspects de la protection de l'individu – accusé. Pour donner d'autres exemples non exhaustifs, la Convention contre la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 1984) impose également des limites aux conditions de la détention et de la sanction.

B. Les garanties réservées à la défense à travers le prisme de la justice pénale internationale

A l'époque du chaos humanitaire qui a traversé les deux conflits mondiaux, à la carence de la répression pénale internationale correspondait une carence au niveau des droits individuels. La

¹⁶² L'affaire *Velásquez Rodríguez* est parmi les plus emblématiques. En 1981, au Honduras, *Angel Marcelo Velásquez Rodríguez* disparut, suite à son arrestation de la part des membres des Forces Armées du pays. La Commission Américaine des Droits de l'Homme dénonça à la Cour A.D.H. ladite disparition, en soulignant que, pendant cette période, il n'y avait pas au Honduras de recours effectif contre ces mesures illégales, mais surtout que l'État lui-même était responsable du système de violences et de disparitions à tel point que les avocats et les juges chargés de poursuivre les responsables étaient gênés dans leur enquête ou même emprisonnés. Les disparitions honduriennes violaient plusieurs articles de la Convention A.D.H., parmi lesquels l'art. 4 sur le droit à la vie, l'art. 5 sur l'interdiction de la torture et d'autres traitements ou peines inhumains, cruels et dégradants, et enfin l'art. 7 garantissant le droit à la sécurité et à la liberté personnelle de toute arrestation ou emprisonnement arbitraire. La Cour déclara la République du Honduras responsable des crimes contre l'humanité perpétrés à travers la politique systématique de disparitions des dissidents. Toutefois, la seule sanction permise à une telle instance juridictionnelle est la condamnation au paiement d'une réparation en faveur des familles de la victime. Selon un témoin, après son assassinat, le corps de *Manfredo Velásquez Rodríguez* fut démembré et dispersé dans des endroits différents. H. STEINER/P. ALSTON, *International human rights in context. Law, politics, morals*, Oxford University Press, Oxford-New York, pp. 881- 887.

¹⁶³ L. BURGORGUE-LARSEN/A. LEVADE/F. PICOD (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, T. I, Partie I, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 50 et s.

réglementation en matière de droits de la défense n'était pas nécessaire dans un contexte où le procès pénal international était absent¹⁶⁴ et où le droit international imputait aux États et non aux individus la responsabilité pour les crimes internationaux. Toutefois, la nécessité de réprimer à titre individuel les crimes internationaux se croisait avec l'exigence opposée de protéger les responsables de ces crimes de tout possible justicialisme¹⁶⁵. Il s'agit d'un processus binaire qui assistait en même temps à la naissance des juridictions pénales internationales et à la construction graduelle d'une réglementation procédurale régissant la répression pénale internationale, dans une époque dominée par la fascination des actes d'agression et des violences de masse. Toutefois, la structure normative des garanties de l'accusé au sein de la justice pénale internationale a suivi des adaptations continues en raison du contexte géopolitique où les crimes d'importance internationale s'accomplissaient. Ainsi, à partir de la fin de la Guerre Froide, les conduites criminelles où l'intérêt de la communauté internationale se concentrait n'étaient plus perpétrées dans le cadre de conflits internationaux (1), mais au sein des contextes nationaux bouleversés par la guerre civile (2).

1. La lutte contre l'impunité dans le cadre des conflits internationaux

Jusqu'à 1919, le D.I.P. était encore *in nuce*, avec de très forte déficience aussi bien dans la prévision des crimes – il s'agissait surtout de crime de guerre et de piraterie – que dans la répression, encore confiée à la volonté étatique¹⁶⁶. L'évolution concerna aussi bien la partie substantielle que la procédure, tandis que la dimension individuelle de la répression était encore presque inconnue sur la scène internationale, dominée exclusivement par les États, qui réglaient par la force les rapports entre eux, de même quand il s'agissait d'établir les responsabilités individuelles pour des infractions d'une certaine importance. L'État était reconnu sur le plan international, l'individu étant titulaire d'obligations¹⁶⁷. Au niveau international, les individus n'étaient pas titulaires de droits, ni d'une véritable responsabilité pénale internationale et cela conduisait souvent à l'impunité à cause de l'inertie étatique (a). C'est suite à la Seconde Guerre Mondiale que la répression pénale a commencé à s'appliquer à titre individuel et que la réglementation du procès pénal international a commencé à se réaliser (b).

¹⁶⁴ Faite exception pour la protection diplomatique coutumière des ressortissants, la considération internationale de l'individu est une conquête plutôt récente. En effet, la protection accordée aux individus à l'étranger ne se fondait pas sur la nécessité de préserver la dignité individuelle, étant plutôt considérée comme émanation étatique. Dans le contexte judiciaire, l'individu n'était considéré et protégé qu'au niveau national. L'absence de fora internationaux peut également justifier cette lacune. Voy. C.-N. ROBERT, «Le rôle de la sanction dans l'approche intégrée de la justice et la réconciliation», in *Justice and Reconciliation*, G.L. Beruto (Editor), IIHL-IDPD, San Remo, 2006, pp. 72-73.

¹⁶⁵ M. OSIEL, *Juger les criminels de masse, la mémoire collective et le droit*, Seuil, Paris, 2006, p. 40 et s.

¹⁶⁶ S. GLASER, «La guerre d'agression à la lumière des sources du droit international», *R.G.D.I.P.* (1953), pp. 398-443.

¹⁶⁷ Les pirates étaient destinataires d'attention internationale en tant qu'individus, mais comme sujets d'obligations internationales et pas de droits.

a. Après la Première Guerre Mondiale

La période suivant la Grande Guerre marque le début d'un véritable bouleversement des valeurs collectives, dans la mesure où les responsables des atrocités commises pendant les conflits ne devaient plus rester impunis ; cette prise de conscience commence à promouvoir une idée de justice universelle applicable contre les auteurs des crimes les plus odieux touchant l'humanité toute entière¹⁶⁸. Mais, la crédibilité d'une justice à caractère universel devait passer à travers des procès équitables et des règles judiciaires claires. La signature du Traité de Versailles exprimait cette volonté commune de justice à une époque où aucune forme de responsabilité internationale à titre personnel n'était encore prévue, les agresseurs étant uniquement les Etats¹⁶⁹. Grâce au Traité, une forme de responsabilité individuelle a vu le jour, puisque, parmi les autres finalités, il y avait celle de poursuivre l'ex-Empereur d'Allemagne Guillaume II de Hohenzollern¹⁷⁰, coupable d'avoir conduit une guerre d'agression et donc responsable pour « *offense suprême contre la morale internationale et l'autorité sacrée des traités* ». Il devait être puni « *en lui assurant les garanties essentielles du droit de la défense* »¹⁷¹. Toutefois, la tentative de faire évoluer la toute récente justice pénale internationale échoua avec le refus d'extradition de la part du gouvernement des Pays-Bas¹⁷². Il faut ajouter le refus, en 1920, de la Société des Nations d'accueillir la proposition du baron Descamps visant à la création d'une Haute-Cour de justice internationale, qui aurait été compétente en matière de *delicta iuris gentium*. Aujourd'hui, l'histoire semblerait se reproduire à

¹⁶⁸ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, Editions Panthéon-Assas, LGDJ, 2004, pp. 220-247.

¹⁶⁹ Sorti de la Conférence de Paris du 28 juin 1919, le Traité de Versailles obligeait l'Allemagne et les 27 puissances alliées, parmi lesquelles la France, la Grande-Bretagne, l'Italie, les États-Unis et le Japon. Le *Covenant*, qui instituait la Société des Nations, était la première partie du Traité et, en même temps, la partie conceptuelle la plus importante, puisqu'elle visait à la réalisation d'une organisation d'États capable de substituer la diplomatie secrète par une forme nouvelle de diplomatie « ouverte ». Ce changement fut fortement voulu par le Président américain Wilson qui avait élaboré une nouvelle formule conventionnelle qui aurait fonctionné grâce à une « Société des Nations » ayant pour but la résolution pacifique des conflits internationaux. De plus, l'application du principe de la sécurité collective aurait réglé les rapports de force internationaux, réprimé toute transgression du droit international, sauvegardé la paix internationale et punis les agresseurs. Malheureusement, l'organisation finit par rester soumise exclusivement aux intérêts des puissances capitalistes européennes, même si la faillite de la S.D.N. fut due principalement au manque de ratification du Traité de Versailles de la part du pays qui plus que les autres avait promu la S.D.N., à savoir les États-Unis. En outre, l'exclusion de l'Union Soviétique, l'absence de l'Allemagne et le désintérêt du Japon firent perdre à l'organisation son originaire caractère universel; E. Di NOLFO, *Storia delle relazioni internazionali, 1918-1999*, Editori Laterza, Roma - Bari, 2004, pp. 12-15; M.-C. BASSIOUNI, « Expérience des premières juridictions pénales internationales », in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *Droit International Pénal*, Editions A. Pedone, Paris, 2000, pp. 635-639.

¹⁷⁰ Voy. A. de LAPRADELLE/F. LAMAUDE, « Examen de la responsabilité pénale de l'empereur Guillaume II d'Allemagne », *J.D.I.* (1919), vol. 46, pp. 131-162; T. TEYLOR, *The Anatomy of the Nuremberg Trials: A Personal Memoir, op. cit.*, p. 15 ; M. Deyra, *op. cit.*, p. 212.

¹⁷¹ Art. 227 du Traité de paix de Versailles.

¹⁷² Voy. H. DONNEDIEU DE VABRES, *ibid.*, pp. 356-402; H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET (dir.), *Droit international pénal, ibid.*

travers le refus des grandes puissances de ratifier la Statut de la C.P.I., circonstance qui prive encore la Cour d'un vrai caractère d'universalité¹⁷³.

Malgré l'impossibilité de réaliser une réelle convergence inter-étatique, le processus en faveur d'une justice à caractère universel avait déjà été mis en marche¹⁷⁴ et la période après la Première Guerre Mondiale marque l'introduction d'une forme de responsabilité criminelle à titre individuel¹⁷⁵, puisque la période voit l'affirmation d'une forme de répression supranationale avec une expansion géographique de la fonction répressive nationale¹⁷⁶. Toutefois, malgré la forte impulsion universelle, il s'agissait encore d'une justice au niveau national¹⁷⁷. La prise de conscience de la nécessité d'étendre le champ de la fonction répressive envers certains crimes s'affirmait surtout après des périodes de guerre¹⁷⁸. En effet, les crimes de guerre s'inséraient dans le contexte

¹⁷³ Pour un point de vue original voy. J. FERNANDEZ, *La politique juridique extérieure des Etats-Unis à l'égard de la Cour pénale internationale*, Editions A. Pedone, Paris, 2010, pp. 71-347; G. HAFNER, «The Issue of Reservations and Declarations to the Rome Statute of the ICC », in L. CAFLISCH, *op. cit.*, p. 213.

¹⁷⁴ En réalité, dans la même période, une autre tentative de répression internationale avait été représentée par le Traité de Sèvres (1920), dont l'article 230 obligeait la Turquie à livrer aux États alliés les personnes responsables des massacres perpétrés, en 1915 et 1916, contre la minorité chrétienne des Arméniens en Anatolie. A cette fin, le Traité envisageait la possibilité, pour les États appartenant à la S.d.N., d'instituer un tribunal pénal international *ad hoc* auquel les responsables du génocide arménien auraient été déférés. Le Traité ne fut jamais ratifié par la Turquie et le tribunal jamais institué. Sur le génocide des Arméniens, voy. M. FLORES, *Il Genocidio degli Armeni*, Il Mulino, Bologna, pp. 117-161.

¹⁷⁵ Auparavant on retrouve des cas isolés comme le procès contre Peter Hagenbach, jugé responsable et condamné à mort en l'an 1474 par un Tribunal de la Ligue hanséatique, pour avoir violé les règles sur l'occupation pacifique de territoires donnés en gage et pour actes de violence contre la population ; cf. G. SCHWARZENBERGER, *International Law – As Applied by International Courts and Tribunals*, vol. II, Londres, 1968, p. 462 et s.

¹⁷⁶ Déjà en 1927, l'affaire du *Lotus* affirmait le principe de l'extraterritorialité de la souveraineté de chaque État, dont la fonction de punir pouvait s'étendre aux infractions commises au-delà de ses frontières territoriales, avec comme seule limitation le respect des normes du droit international. L'affaire a abordé la question de la compétence personnelle passive dans le cadre de la collision en haute mer, intervenue le 2 août 1926, entre le navire français *Lotus* et celui turc *Boz-Kourt*, qui avait entraîné la mort d'un certain nombre de marins et passagers turcs et provoqué la destruction du navire turc. Les autorités turques intentèrent des poursuites pénales à l'encontre de l'officier français inculpé d'homicide par imprudence, sur le fondement du Code pénal turc qui admettait le principe de la personnalité passive, selon lequel tout étranger qui commet à l'étranger un délit au préjudice d'un État étranger ou de ses citoyens, peut être poursuivi pénalement par cet État. L'affaire fut soumise à la Cour permanente de Justice internationale suite aux protestations diplomatiques françaises visant à nier l'existence en droit international de la compétence universelle. De fait, la Cour a contourné la question de l'existence de ce principe, en décidant que la compétence des juridictions turques pouvait être reçue sur le fait de la territorialité objective, car le délit s'était produit sur le navire turc, donc sur le territoire turc; C.P.J.I., *Affaire du Lotus* (France/Turquie), 7 septembre 1927, série A, n° 10, *C.P.I.J. Rec.* (1927-28), p. 5 et s.; sur le point, cf. également P.-M. DUPUY, «L'unité de l'ordre juridique international – Cours général de droit international public», *R.C.A.D.I.* (2002), vol. 297, p. 93 et s.

¹⁷⁷ Certains auteurs parlent d'une «logique du Lotus» contraposée à une «logique de Nuremberg», en indiquant le passage d'une répression à caractère nationale à une répression internationale, voy. J. Fernandez, *La politique juridique extérieure des États-Unis à l'égard de la Cour pénale internationale*, introduction, *ibid.*, p. 24.

¹⁷⁸ En réalité, l'idée de sanctionner à titre individuel les responsables d'infractions graves du droit international remonte à un époque bien antérieure à la célèbre condamnation du Kaiser Guillaume II. En 1474 en Allemagne, un collège composé par des juges originaires des États Parties du Saint-Empire romain germanique condamna Peter von Hagenbach pour crimes de guerre commis au cours d'une occupation militaire, en particulier il fut privé de sa dignité de chevalier. Un cas encore plus célèbre fut, en 1810, la condamnation à la détention de Napoléon, jugé, par la décision d'Aix-la-Chapelle, coupable pour avoir engagé des guerres qui avaient troublé la paix mondiale. En la matière, voy. M. SIBERT, «La sécurité internationale et les moyens proposés pour l'assurer de 1919 à 1925», *R.G.D.I.P.* (1926), pp. 194-237.

international, étant donné que les guerres de l'époque étaient des conflits entre États et non dans l'État. Dans cette perspective, l'extraterritorialité de la fonction répressive s'épandait parallèlement à l'expansion de valeurs communes élaborées dans la conscience universelle et mis en danger par les conflits, à savoir l'idéal de paix, liberté, égalité, démocratie, légalité et respect de la dignité humaine¹⁷⁹. A cause de l'échec de la S.d.N., le risque d'impunité restait cependant, encore trop élevé à l'égard des hauts représentants civils et militaires responsables de politiques criminelles commises en violation du *jus ad bellum*, pour avoir provoqué des guerres d'agression et du *jus in bello*, pour s'être rendus coupables de crimes en relation avec la conduite des hostilités¹⁸⁰.

b. Après la Seconde Guerre Mondiale

i. La première expérimentation de procès pénal international: le procès de Nuremberg

A partir du XXe siècle, les violations les plus graves commises contre la personne humaine - que la philosophie des droits de l'homme avait baptisées «violations des droits de l'homme» - commencent à être dénoncées et qu'une idée de justice envers les responsables des crimes de masse acquiert de plus en plus d'intérêt surtout au niveau international. Dans le cadre du totalitarisme nazi du deuxième conflit mondial, l'élimination physique de l'adversaire était considérée la façon la plus immédiate de rendre justice. Il s'agissait évidemment d'une solution appartenant à la dynamique propre à la guerre et qui, comme pour toutes les guerres, restait limitée à une confrontation en termes de forces et non de valeurs. Autant la guerre que la justice étaient donc exercées à travers l'utilisation de la force, qui déterminait la suprématie du plus fort et pas du juste. Dans la lutte contre le fascisme, il semble que Churchill, au lieu d'une incrimination judiciaire régulière, songeait à l'élimination physique de Mussolini qui, selon le Maréchal de l'Air Harris, aurait pu s'accomplir par un bombardement chirurgical sur les bureaux du gouvernement italien. Selon une autre reconstruction il pensait à un emprisonnement dans l'attente d'un procès pour crimes de guerre, sans toutefois exclure d'enfreindre le droit international par «*a prompt execution without trial*»¹⁸¹.

Toutefois, suite à la barbarie qui avait caractérisé la Seconde Guerre mondiale, pour ne plus déborder dans l'arbitraire et dans l'injustice, il fallait combattre l'impunité par la justice et dans le respect de la dignité humaine. La nécessité d'une justice pénale internationale résidait donc dans le

¹⁷⁹ J. A. PASTOR RIDRUEJO, «Droit international des droits de l'homme et droit international humanitaire: leurs rapports à la lumière de la jurisprudence de la Cour internationale de justice», in L. CAFLISCH, *op. cit.*, p. 399 et s.

¹⁸⁰ Voy. la maxime latine *inter arma silent leges* et la doctrine allemande *Krieg ist Krieg*. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, Discours préliminaire, pp. XXVI-XXIX; E. DE VATTEL, *Le droit des gens*, Livre III, chapitre VIII, n°141.

¹⁸¹ E. DI RIENZO, "L'idea di Churchill: eliminare Mussolini senza processo", in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, Edizioni Nagard, ANNO XII - N.36, sett. - Dic. 2010, p. 171.

but d'éviter que la lutte contre l'impunité ne se transforme en une rétorsion brutale. La solution ne consistait pas dans la création d'une juridiction quelconque, mais d'un organe de justice international au-dessus de tout doute concernant la légalité de son institution, l'impartialité et l'indépendance de ses juges, ainsi que l'équité du procès. A cette nécessité répondra la première expérience juridictionnelle au niveau international, ayant pour but de protéger des intérêts fondamentaux qui transcendaient les intérêts spécifiques nationaux, dans la mesure où ils impliquaient la communauté internationale toute entière. Le procès de Nuremberg a représenté le premier exemple réussi de procès pénal international¹⁸². En réalité, le Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, créé par une proclamation du 19 janvier 1946 et présidé par le Commandant Suprême des Forces Alliées en Extrême Orient, le Général McArthur, est comparable en importance à celui de Nuremberg, duquel il avait repris la procédure et les principes. Les deux Tribunaux représentent des importants précédents juridictionnels, mais également un exemple approximatif de justice¹⁸³.

ii. L'ouverture du procès et les questions liminaires

L'audience d'ouverture du procès de Nuremberg se tint le 18 octobre 1945 à Berlin, l'ancienne capitale du Reich, afin de symboliser l'anéantissement définitif de l'État allemand¹⁸⁴. À cette occasion, tous les ministères publics représentant les différents pays vainqueurs remirent l'acte d'accusation¹⁸⁵. L'accusation ne faisait pas partie de la structure du Tribunal et, étant considérée comme l'une des parties du procès, elle était physiquement présente au parquet au même niveau que la défense. En revanche, les juges étaient à un niveau plus élevée par rapport aux autres parties du procès, eût lieu à Nuremberg et dura près d'un an : du 14 novembre 1945 au 1^{er} octobre 1946¹⁸⁶. La presse disposait d'environ 240 places, ce qui assurait la divulgation des informations

¹⁸² G. LAWRENCE, "The Nuremberg Trial", in G. Mettraux (edited by), *Retrospectives on the Nuremberg Trial*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 290 s.; K. GALLANT, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge University Press, New York, 2009, pp. 67-114.

¹⁸³ M.-C. BASSIOUNI, "Expérience des premières juridictions pénales internationales", *op. cit.*, pp. 640-651.

¹⁸⁴ Pour une éclairante synthèse du procès, voy. T. Taylor, *The Anatomy of the Nuremberg Trials*, Back Bay Book, New York, 1992, p. 56 ss.; F. DE FONTETTE, *Le Procès de Nuremberg*, Presse Universitaire de France, Paris, 1996, p. 29 et s.; M. CATTARUZZA/I. DEAK, *Il processo di Norimberga tra storia e giustizia*, Storie e Memorie, UTET, Torino, 2006, p. 59 et s., voy. également le dvd joint à la publication et concernant les enregistrements vidéo du procès.

¹⁸⁵ Les juges du Tribunal étaient huit, dont quatre titulaires et quatre suppléants. A l'exception du général Nikitchenko et des autres juges soviétiques, tous les juges étaient des civils. Le Président, Lord Justice Geoffrey Lawrence, fut nommé pour le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. Francis Biddle, Ministre de la Justice très proche de Roosevelt, fut nommé pour les États-Unis. Le général Nikitchenko nommé pour l'URSS, était le seul qui portait l'uniforme militaire. Le Professeur Henri Donnedieu de Vabres fut nommé pour la France et Robert Jackson par les États-Unis en qualité de Procureur Général. Le brigadier Telford Taylor fut parmi ses collaborateurs. Pour la Grande Bretagne furent nommés d'abord Sir David Maxwell Fyfe et ensuite Sir Hartley Shawcross. Le Général Rudenko fut désigné pour l'URSS et pour la France furent nommés François de Menthon et puis Champetier de Ribes.

¹⁸⁶ Le mardi 1^{er} octobre 1946, le Tribunal de Nuremberg émit le verdict de condamnation à mort par pendaison à l'encontre de 12 accusés, d'emprisonnement dans la forteresse de Spandau à Berlin-Ouest, à l'encontre de 7 accusés, et un verdict d'acquiescement en faveur de trois accusés. Göring, avant son exécution, se suicida en avalant du cyanure. Le

dans le monde entier et la garantie d'un procès public, qui ne se déroula pas à huis clos. Pour la première fois, une traduction simultanée fut garantie par le biais d'instruments électroniques très sophistiqués pour l'époque, comme les casques et les microphones. La longueur du procès allait de paire avec sa complexité, dont témoignent 22 volumes de débat et 20 volumes de documents probatoires, ce qui donne aussi une idée de l'importance de la preuve écrite¹⁸⁷.

La preuve écrite, propre à la procédure inquisitoire continentale et caractérisée par l'acquisition de témoignages écrits précédemment rendus devant le juge d'instruction, fut mélangée à la preuve orale du système accusatoire. En effet, la procédure était le résultat de la fusion entre le système anglo-saxon de la *common law* – le procès avait subi énormément l'influence américaine – et le système de la *civil law*. La preuve orale fut particulièrement préférée par la défense, qui put utiliser le système d'interrogatoire croisé de la *cross examination*, absent dans les systèmes romano-germaniques. L'accusé pouvait témoigner dans son propre procès, avec l'obligation de prêter serment devant Dieu, exception faite pour les témoins soviétiques. Malgré une large utilisation de la preuve orale, la preuve écrite resta d'une importance capitale pour acquérir des documents historiques qui représentaient des preuves précieuses pour le procès, comme la planification par écrit de la «solution finale» ou les ordres signés personnellement par les accusés d'exterminer ou d'attaquer¹⁸⁸. Le procès par contumace était admis, mais des mesures furent adoptées pour assurer le plus possible la prise de connaissance du procès par l'accusé absent¹⁸⁹.

Le procès ne fut pas dépourvu de questions liminaires ou de requêtes préjudicielles afin d'invalider ou de ralentir la procédure¹⁹⁰. Une question concernait les charges, cause des similitudes

procès ne manqua pas d'actes suicidaires ; cf. T. TAYLOR, *op. cit.*, pp. 165 – 207; pour le texte français du jugement, voy. *Procès des grands criminels de guerre devant le tribunal militaire international, Nuremberg*, 14 novembre 1945 1^{er} octobre 1946, vol. I, Nuremberg, 1947; pour des extraits et commentaires, voir la série, United Nations War Crimes Commission (éd.), *Law reports of trials of War Criminals*, vol. I-XV, Londres, 1946-1949.

¹⁸⁷ Des chiffres extraordinaires caractérisèrent le procès devant le T.M.I.N., qui présentait un dossier d'environ 5 millions de feuilles. La défense, constituée par 27 conseils, 54 assistants et 67 secrétaires, eut la possibilité de présenter plus de documents (2.700) que l'accusation (2.630); 240 furent les dépositions rendues et 300.000 les déclarations sous la foi du serment; le procès comptait 12 interprètes, voy. F. DE FONTETTE, *Le procès de Nuremberg*, Presse Universitaire de France, Paris, 1996, pp. 29-39.

¹⁸⁸ Les témoignages sur les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre furent souvent soutenus par de précieux documents officiels constitués par les ordres écrits d'élimination en masse de prisonniers de guerres, de civils, de communistes et de juifs d'autres nationalités, comme confirmé par le Journal de Jodl et les Mémoires d'Anne Frank. Parfois les témoignages des atrocités furent validés et corroborés par des preuves matérielles telles que les bagues, les dents en or et tout autre butin de guerre. En tout cas, les preuves écrites de nature historique devaient posséder trois critères: l'authenticité, la non-cumulativité et la pertinence.

¹⁸⁹ L'accusé Martin Bormann n'avait pas été découvert. Dans l'incertitude qu'il puisse avoir pris connaissance aussi bien de l'imputation contre lui, le Tribunal ordonna que la notification de comparution soit rendue publique à travers sa publication et diffusion à plusieurs reprises sur un journal de la ville d'origine du fugitif et également par le truchement de sa lecture intégrale à la radio pendant un mois.

¹⁹⁰ Voy. A. L. GOODHART, «The Legality of the Nuremberg Trials», in G. METTRAUX, *op. cit.*, p. 626; D. REBUT, *Droit pénal international, op. cit.*, p. 494 et s.

entre les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, les deux chefs d'accusation furent cumulés dans la même rubrique, ce qui provoquait une certaine généricité et imprécision quant à la distinction entre les deux notions juridiques¹⁹¹. En outre, la défense déplora l'absence de juges représentant des États neutres dont la présence aurait mieux garanti l'impartialité et souleva une requête collective concernant la violation du principe *nulla pœna sine lege* en vertu de l'absence de traités punissant la guerre injuste en tant que crime à caractère international punissable à titre individuel¹⁹², mais les deux questions furent rejetées. L'impossibilité de récuser les juges était établie par l'art. 3 du Statut qui empêchait de mettre en doute la compétence et la légalité du Tribunal. D'autres requêtes préjudicielles concernaient l'état de santé de l'accusé, ce qui imposait aux juges de désigner des experts médico-légaux chargés d'établir la capacité de l'accusé à comparaître devant le Tribunal ou sa capacité mentale au moment des faits délictueux. Une Commission médicale établit que l'accusé Gustav Krupp n'était pas en mesure de participer au procès à cause de sa santé physique et mentale. Malgré l'absence justifiée, l'accusation, surtout la partie américaine, manifesta l'absurde prétention que le fils de l'accusé absent substituerait le père au procès. La proposition était inacceptable surtout parce qu'elle violait un principe qui avait fait son apparition dans le droit international grâce au procès de Nuremberg, celui de la responsabilité pénale personnelle¹⁹³.

iii. L'accusation et la défense

Le 20 novembre, le Procureur Général américain Jackson célébra l'ouverture du premier procès pénal international de l'histoire, pour «*crimes contre la paix du monde*» et à l'égard de «*...la plus grande menace de notre temps, la guerre d'agression...*», en ajoutant «*... ce que ces hommes représentent, nous le révélerons patiemment et posément. Nous vous donnerons des preuves indéniables d'actes inimaginables. Il ne manquera à la liste de leur crimes aucun acte pouvant être conçu par un orgueil et une cruauté pathologiques et par la passion de la puissance...*»¹⁹⁴. Le réquisitoire soulignait la nécessité que l'accusation reste «juste» et «modérée» par rapport à la

¹⁹¹ A l'époque du procès de Nuremberg, la catégorie des crimes contre l'humanité venait d'être introduite dans le droit international. Parmi les critiques, le Tribunal ne reconnut pas la perpétration de crimes contre l'humanité pour les actes commis avant le 1^{er} septembre 1939, faute de preuve d'un plan concerté en vue de déclencher une guerre d'agression ayant ces crimes pour objet ; à cet égard, voy. F. DE FONTETTE, *op. cit.*, pp.56-64.

¹⁹² De même, ni la règle internationale imposant le règlement pacifique des différends, ni l'illégalité de la guerre d'agression ne pouvaient être mises en discussion. Dans la même mesure, l'absurdité de la conception nazie des relations internationales ne pouvait être acceptée. Par conséquent, les chefs d'accusations comprenaient la violation de plusieurs traités, comme les Conventions de La Haye (1899 et 1907), le Traité de Versailles (1919), le Traité de Locarno (1925), le Pacte Briand-Kellogg (traité de Paris, 1928) ou le Pacte Ribbentrop-Molotov de non-agression entre l'Allemagne et l'URSS (1939).

¹⁹³ Dans le dissentiment général, la demande d'amendement de l'acte d'accusation pour substituer Alfred Krupp à son père Gustav Krupp fut rejetée par les juges, voy. F. de Fontette, *ibid.* pp. 40-42.

¹⁹⁴ *Ibid* p. 44-48 ; T. TAYLOR, "The Nuremberg Trials", in G. METTRAUX, p. 372 et s.

défense, pour éviter la critique d'une justice de vengeance¹⁹⁵. Bien que le verdict de culpabilité ait été déjà émis par la communauté internationale, la présomption d'innocence des accusés fut garantie en tout cas par le Statut du Tribunal, à travers la possibilité des accusés de se défendre et par l'obligation de l'accusation de démontrer les chefs d'accusation. Le non renversement du fardeau de la preuve était donc respecté.

Comme le Greffe, la défense était classée en tant qu'auxiliaire de justice¹⁹⁶, en dépit de l'égalité entre défense et l'accusation. La première expérimentation de justice universelle fut porteuse de plusieurs anomalies concernant les stratégies adoptées par les conseils, dans la mesure où certains choix de la défense se révélèrent très nuisibles pour les accusés, produisant l'effet contraire à celui recherché. Les témoins de l'accusé Hermann Göring, au lieu d'être à décharge, se transformèrent en témoins à charge au cours du contre-interrogatoire¹⁹⁷. La stratégie défensive adoptée fut de nier d'avoir joui d'une défense effective. En outre, la dialectique entre l'accusation et la défense se focalisa beaucoup sur les *affidavit*. Il arrivait, parfois, que les stratégies défensives soient convergentes, donnant lieu à des motions communes. Ainsi, le collègue des avocats déléguait un représentant chargé de formuler verbalement la position de la défense sur une question

¹⁹⁵ Par une querelle sarcastique entre les parties, le Procureur Jackson reprocha à la défense de ne pas apprécier la chance d'avoir reçu la possibilité d'être jugé par un tribunal impartial plutôt qu'être exécuté sans enquête, ni jugement préalable, car «...l'Humanité exige que la Loi ne soit pas limitée à la simple punition de crimes ordinaires commis par de petites gens. Il faut que la Loi atteigne également les hommes qui possèdent de grands pouvoirs et qui en font un usage délibéré et concerté, afin de mettre en mouvement une série de maux qui n'épargnent aucun foyer dans le monde...». Dans son réquisitoire, François de Menthon introduisit la figure juridique de «crime contre l'esprit» comme résultat de la doctrine immorale du racisme. Une nouveauté importante fut l'introduction par le Procureur du délit de «plan concerté» ou «complot», contesté par la défense plus sur le plan factuel que juridique, à savoir les accusés n'avaient simplement tout accord avec Hitler. Il s'agit d'une figure délictueuse d'origine anglo-saxonne, considérée d'une gravité particulière puisqu'elle implique l'accord de plusieurs personnes pour la planification d'un crime ou d'une série de crimes. Le juge de Vabres, de tradition romano-germanique, critiqua l'introduction *ex post factum* d'un crime qui n'était pas prévu par le système continental et qui n'était pas prévu par le Statut. Enfin, une sorte de compromis entre les deux positions apparut dans le jugement, qui reconnut le complot limitativement au crime d'agression, qui effectivement ne pouvait qu'impliquer une connaissance des finalités de certaines actions militaires de la part de ses exécuteurs. En revanche, pour les crimes de guerres et les crimes contre l'humanité, le fait d'être obligé d'exécuter les ordres d'Hitler, notamment ceux dont le but n'était pas vraiment évident rendait plus difficile la preuve de la préexistence d'un plan concordé pour rejoindre ladite finalité. La «solution finale» n'était connue que par un nombre très réduit de hauts fonctionnaires du régime national-socialiste, qui avaient participé à la conférence de Wannsee, le 20 janvier 1942. Versés au dossier, les actes de la conférence de Wannsee peuvent être considérés l'une des sources historiques pré-constituées par les nazis eux-mêmes, une preuve incontestable de l'existence d'un plan concerté concernant les crimes contre l'humanité (à savoir l'Holocauste perpétré en Allemagne) et les crimes de guerre (à savoir l'Holocauste perpétré dans les pays victimes de la guerre d'agression), car la simple participation à la conférence confirme l'intention et l'accord de chacun à l'égard de la «solution finale»; voy. F. DE FONTETTE, *ibid.*, pp. 48-64, voy. également W. BENZ, *L'Olocausto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, pp. 9-18.

¹⁹⁶ La règle 9 du R.P.P. demandait la traduction en allemand de tous les documents originaux présentés dans une langue qui n'est pas celle de l'accusé.

¹⁹⁷ Un témoin à décharge, Paul Otto Schmidt, confirma l'intention et la conscience de l'accusé dans la perpétration des crimes. voy. F. DE FONTETTE, *ibid.*, pp. 74-99.

donnée¹⁹⁸. La procédure de Nuremberg prévoyait la désignation d'un seul conseil pour chaque accusé et à l'exception des cas de désignation d'un conseil d'office, la liberté de nommer un conseil de son choix fut garantie aux accusés ainsi que la possibilité de se défendre par soi-même.

Les thèses avancées par la défense furent nombreuses. Le déroulement d'une guerre implique souvent des responsabilités de la part des deux parties en conflit. A ce propos, certaines violations américaines du *jus in bello* furent habilement mentionnées lors du procès par l'officier de marine Otto Kranzbühler, défenseur des accusés Dönitz et Raeder, à travers une utilisation camouflée de l'argument du *tu quoque*, qui n'était pas admis¹⁹⁹. L'ancien chef de l'État Major, Alfred Jodl, en donnant une interprétation du droit international très partisane, utilisa sans succès l'argument traditionnel de l'obéissance aux ordres du supérieur hiérarchique. Selon ses arguments, l'ordre de fusiller sans jugement les soviétiques au cours de l'Opération Barbarossa devait être considéré comme une simple mesure de représailles. Quant à l'accusé Martin Bormann, l'éminence grise et l'inspirateur de Hitler, il fut jugé *in absentia*, car il s'était enfui à la mort de Hitler. Il n'eût donc pas de possibilité de se défendre mais ses atrocités furent prouvées par des documents incontestables présentés au cours du procès par l'accusation. Vers la fin du procès, une motion conjointe de la défense fut soulevée par Maître Jahrreis; elle portait sur l'élément subjectif des accusations quant aux crimes contre la paix et à la guerre d'agression. Le dernier espoir de la défense était de convaincre le Tribunal qu'à l'époque des faits les accusés méconnaissaient que la guerre d'agression était considérée comme un crime, mais la thèse fut rejetée par le Tribunal²⁰⁰.

iv. Le bilan de Nuremberg

Le procès de Nuremberg était chargé d'une autre tâche que la simple vérification de la responsabilité pénale des prévenus, puisqu'il devait recueillir les morceaux de ce qui restait d'un conflit mondial dévastateur et reconstruire la mosaïque d'une vérité historique broyée. Il faut reconnaître aujourd'hui que le procès présenta de nombreuses lacunes à cet égard et une

¹⁹⁸ Le conseil qui généralement prenait la parole devant le Tribunal pour représenter la volonté de tous les autres conseils était l'ancien bâtonnier de Berlin, le Dr Rudolf Dix. Parmi les autres: Otto Stahmer, Alfred Seidl, Alfred Thomas, Hermann Jahrreiss.

¹⁹⁹ Certains accusés étaient retenus responsables d'avoir coulé sans avertissement des navires commerciaux, en qualité de chefs de la marine allemande. Puisque de telles violations résultaient également de la part de la marine américaine au détriment de la marine nipponne dans le Pacifique, Maître Kranzbühler, sachant que l'utilisation directe de l'argument du *tu quoque* n'aurait pas été admise, justifia les violations américaines sur la base d'une interprétation plus indulgente du droit international, selon laquelle certaines conduites ne devaient pas être considérées comme des crimes de guerre commis en haute mer et donc ne pouvaient pas être punis comme tels. Dans cette perspective, par la propriété transitive, la même interprétation aurait du être appliquée également en faveur de la marine allemande, mais elle ne pouvait être retenue acceptable quant à l'interprétation du droit international ; DE FONTETTE, *ibid.*, pp. 101-103.

²⁰⁰ *Ibid.*, pp. 115-116.

reconstruction lacunaire et factieuse des faits ne peut produire de jugement impartial²⁰¹. En effet, le procès de Nuremberg ne fut pas un bon exemple de respect du principe d'indépendance et d'impartialité des juges. Le Procureur Rudenko dut intervenir à plusieurs reprises pour ne pas permettre un approfondissement sur l'existence d'un pact secret russo-allemand, en soutenant que le procès ne concernait pas la politique étrangère des pays mais la perpétration des crimes indiqués dans les chefs d'accusation. Le massacre de Katyn fut l'objet d'accusations mutuelles entre la défense allemande et l'accusation soviétique²⁰².

Selon les critiques, le Tribunal a été un outil de rétorsion aux mains des vainqueurs. Toutefois, bien qu'il s'agissait d'un «tribunal des vainqueurs» avec des règles procédurales très rudimentaires et un Statut plutôt critiquable du point de vue des garanties de la défense – comme on l'a vu, les carences concernaient l'indépendance et l'impartialité des juges, la présomption d'innocence, l'interdiction des procès *in absentia*, la faculté de récuser les juges ou de faire des exceptions d'incompétence -, il faut reconnaître aux juges du T.M.I.N. le mérite d'avoir essayé d'éviter toute forme d'injustice et d'arbitraire grâce à l'application de certaines garanties. Le Tribunal a reconnu des droits minimums tels que: le droit d'avoir un interprète et d'obtenir la traduction des actes du procès dans la langue de l'accusé - déjà disponibles en quatre langues : français, anglais, russe et allemand -, le droit à un avocat et le droit de produire des preuves à décharge ainsi que le droit au contre-interrogatoire des textes de l'accusation. Il s'agissait d'un modèle encore rudimentaire de procès pénal international, qui a néanmoins introduit de profondes innovations²⁰³. Appliqué au D.I.P., le principe de la responsabilité personnelle aurait évité à l'avenir toute forme d'impunité à l'encontre de hauts représentants civils et militaires. En outre, à travers la possibilité de criminaliser aussi bien les individus que les organisations, la justice de Nuremberg a déterminé

²⁰¹ P. HAZAN, *Juger la guerre, juger l'histoire*, Presses Universitaires de France, Paris, 2007, pp. 19-26.

²⁰² La présence de témoins subornés fut relevée. A la demande de l'avocat Stahmer relative à l'admission de nouveaux témoins en faveur de Göring, le Ministère Public Pokrovsky répliqua dans un pur style nazi que, concernant «l'incident de Katyn», pour l'admission de deux nouveaux témoins de la défense, il aurait demandé la comparution de dix témoins et experts. Le massacre de Katyn vit le Procureur soviétique radicalement opposé aux autres Procureurs, car il avait insisté pour incriminer les allemands de crimes de guerre sur ce point. Après le spectacle des témoignages contradictoires, l'argument ne fut plus abordé pendant le procès. Dans ce cas, donc, le procès ne produit ni de vérité juridique ni de vérité historique. Le Pacte russo-allemand de 1939 et ses Protocoles secrets eurent un poids très lourd sur tout le déroulement du procès. La présence de juges et procureurs soviétiques ne permit pas une contribution optimale à l'établissement d'une vérité historique qui aurait pu élargir le champ des responsabilités. Après les aveux courageux de la part de Eltsin en 1995, le débat à cet égard a été encore de pleine actualité, à tel point qu'au moment de la rédaction de ces lignes (le 7 avril 2010), un summit entre les autorités polonaises et soviétiques était convoqué pour établir exactement la vérité historique. Mais quelques jours après, le 10 avril 2010, un incident aérien provoquera la mort du Président de la Pologne et des plus hautes autorités étatiques, partis en mission officielle vers Katyn pour une commémoration du massacre. L'événement, qui encore une fois a décapité l'intelligentsia polonaise, est rebaptisé comme «le deuxième Katyn».

²⁰³ C. BASSIOUNI, «The Nuremberg Legacy», in G. Mettraux, *op. cit.*, p. 577 et s.

une véritable fusion entre le droit pénal et le droit international, et a donné lieu à une sorte de reconnaissance officielle du droit pénal international²⁰⁴.

Il faut reconnaître à la justice de Nuremberg le mérite indéniable d'avoir affirmé l'idée que pour certains crimes internationaux particulièrement odieux il fallait répudier toute forme de justice expéditive et sommaire²⁰⁵. En outre, loin de représenter «*le droit d'un seul moment*»²⁰⁶, le procès a produit «les principes de Nuremberg»²⁰⁷, qui représentent le substrat du D.I.P., dans la mesure où ils ont introduit les concepts de la responsabilité du supérieur hiérarchique, de l'inopposabilité devant une instance pénale internationale d'une quelconque immunité dérivant de la qualité officielle de l'accusé ni d'aucune mesure d'amnistie, de prescription ou d'indulgence. Ces principes de droit substantiel ont été codifiés, en 1946, par la Commission du droit international des Nations Unies²⁰⁸. Cependant, il s'agissait encore d'une forme de justice exceptionnelle et provisoire, qui avait marqué le début de l'application des premières garanties rudimentaires de la défense dans le milieu de la justice pénale internationale. En effet, c'est à travers l'expérimentation du premier procès pénal international que l'on commence à se poser le problème du respect du procès équitable et des droits de l'accusé.

2. La lutte contre l'impunité dans le cadre des conflits nationaux

L'époque de la Guerre Froide (1949-1989) a marqué un arrêt drastique du processus général d'affirmation des droits de l'homme. Les régimes totalitaires du XXe siècle avaient montré leur caractère répressif à l'encontre de l'individu, frustré dans ses libertés fondamentales surtout au niveau judiciaire. De plus, la fin de la Guerre Froide avait produit un changement de morphologie des conflits armés, d'internationaux à nationaux, avec des conséquences sur la punitions des crimes

²⁰⁴ La prévision de la responsabilité pénale des organisations introduisait dans le D.I.P. une sorte de responsabilité individuelle objective du fait d'appartenir à l'organisation considérée criminelle. D'une part, l'activité criminelle d'un individu donnait un caractère criminel à l'organisation, d'autre part, le caractère criminel d'une organisation impliquait la possibilité de diligenter une enquête contre un individu. Voy. G. SCHWARZENBERGER, «The Judgement of Nuremberg», in G. METTREAUX, *op. cit.*, p. 167 et s.

²⁰⁵ Voy. J. VERHAEGEN, *Le droit international pénal de Nuremberg. Acquis et régressions*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 25-40.

²⁰⁶ La célèbre formule a été créée par Claude Lombois pour indiquer le successif déclin de l'incrimination des crimes contre l'humanité, cité par A. Oriol, «Faut-il un ordre juridique international?», in M. COLIN, *Le crime contre l'humanité*, Erès, Ramonville Saint-Agne, 1996, p. 35 et s.

²⁰⁷ Voy. H. DONNEDIEU DE VABRES, «Le process de Nuremberg devant les principes modernes du droit penal international», *R.C.A.D.I.*, (1947) I, vol. 70, p. 481; H. DONNEDIEU DE VABRES, «The Nuremberg Trial and the Modern Principles of the International Criminal Law», in G. METTREAUX, *op. cit.*, p. 213 et s.

²⁰⁸ Le 11 décembre 1946, l'Assemblée Générale des Nations Unies adopte, par un vote unanime, la Résolution 95(I), par laquelle les principes du droit international posés dans le Statut du T.M.I.N. sont consacrés comme droit en vigueur, «Confirmation des principes de droit international reconnus par le statut de la Cour de Nuremberg», Assemblée générale des Nations Unies, résolution 95(I), 11 décembre 1946.

de masse. Dans le cadre de cette nouvelle dimension des conflits, des Tribunaux *ad hoc* ont été créés (a). Toutefois, il s'agissait d'une justice encore provisoire et exceptionnelle, que la Conférence de Rome institutive de la C.P.I. a rendu permanente et définitive (b).

a. Après la Guerre Froide

i. Le plan d'action national

Pendant la période de la Guerre Froide, la violence des gouvernements antidémocratiques avait quasiment aboli le droit à un procès équitable, montrant une certaine indulgence vers des procédures d'arrestation et de détention arbitraires, avec des procès sommaires tenus devant des juges partiaux et politiquement contrôlés. En vertu de la non-ingérence dans les affaires intérieures, l'État pouvait faire valoir son domaine réservé dans certaines matières comme la répression pénale, qui ne tolérait aucun contrôle de l'extérieur. Les purges de la fin des années 1930 et les grands accusateurs de la *nomenklatura* soviétique furent l'expression des violations des droits individuels perpétrés par les régimes totalitaires dans le contexte judiciaire²⁰⁹. Le développement d'une justice pénale internationale avait également subi un arrêt, mais, à partir des années soixante, des mouvements idéologiques avaient déjà commencé à influencer et parfois à forcer certains pays à accepter la philosophie des droits de l'homme. La fin du bipolarisme international, avec la chute du Mur de Berlin en 1989, a ensuite permis une reprise de la répression pénale internationale, exercée surtout contre les derniers accusés des crimes commis au cours de la Seconde Guerre Mondiale. Ils furent jugés par des juridictions nationales sur la base des principes *aut dedere aut judicare* et de la juridiction universelle²¹⁰. Dans ce contexte, on retrouve les affaires Touvier (1992)²¹¹ et Barbie en France (1993)²¹², Demjanuk aux E.U. (1985)²¹³, Polyukhovic en Australie (1991)²¹⁴ et Finta au Canada (1992)²¹⁵.

Toutefois, la vague de justice qui avait caractérisé la période suivant le deuxième conflit mondial continuait à s'accompagner de violations des droits de l'accusé d'une certaine gravité,

²⁰⁹ Voy. les méthodes d'interrogatoire et le rôle central en matière de répression pénale assumé par le sous-secrétaire aux affaires étrangères Andrej Vyšinskij ; E. Di Nolfo, *ibid*, p. 505.

²¹⁰ A. PEYRO LLOPIS, *La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 50 et s. ; H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, pp. 303-355 ; G. DE LA PRADELLE, « La compétence universelle », in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *Droit international pénal*, Editions A. Pedone, Paris, 2000, pp. 905-918.

²¹¹ *I.L.R.*, vol. 1000, p. 341 et s.

²¹² *I.L.R.*, vol. 78, p. 126 ss. et pour l'arrêt de la Cour de Cassation, voy. *I.L.R.*, vol. 100, p. 331 et s.

²¹³ *I.L.R.*, vol. 79, p. 534 et s.

²¹⁴ *I.L.R.*, vol. 91, p. 1 et s.

²¹⁵ *I.L.R.*, vol. 98, p. 520 et s. et pour la décision de la Cour Suprême, *I.L.R.*, vol. 104, p. 284 et s.

comme l'affaire Eichmann l'avait démontré²¹⁶. Mais, il s'agissait d'une forme de justice encore incertaine dans sa configuration universelle, où la limite entre esprit de justice et esprit justicialiste était encore trop faible. Le 11 février 1990²¹⁷, l'Afrique du Sud - encore dominée par l'apartheid et responsable de l'arrestation et détention des dissidents politiques persécutés par le régime - mit fin à la détention interminable de l'avocat Nelson Mandela, détenu pendant 27 ans, à la fin desquels il passa «*from prisoner to president*»²¹⁸. Dans la même période, le Chili vit la fin du régime politique du dictateur Pinochet, poursuivi ensuite par les autorités espagnoles selon le principe de la juridiction universelle, avec toutes les difficultés liées à une action judiciaire internationale sans précédents²¹⁹.

²¹⁶ En 1960, l'ancien chef des S.S., Adolf Eichmann, fut capturé en Argentine suite à une opération de l'intelligence israélienne officiellement accomplie à l'insu des autorités de l'état souverain où l'officier supérieur se cachait sous une nouvelle identité. Par ordre du Premier Ministre du nouvel État d'Israël, David Ben Gurion, l'accusé fut conduit en secret de Buenos Aires à Jérusalem pour être jugé par une Cour de district israélienne. Il était retenu coupable d'avoir contribué à la «solution finale» pour avoir organisé en Europe, en tant que Nazi, la déportation et l'extermination de 6 millions de Juifs. La violation du droit international qui avait caractérisé les modalités de la capture de «l'architecte de l'Holocauste» avait suscité les protestations de la communauté internationale. A son procès, Eichmann fut représenté par un conseil, Maître Servatius, qui avait participé au procès de Nuremberg. Pour sauvegarder l'équité de la procédure et les droits de l'accusé, le Président de la Cour, le juge Moshe Landau, dû intervenir souvent pour corriger la traduction en allemand du procès, puisque les traductions étaient particulièrement mauvaises et pour cela, susceptibles de gêner la compréhension du procès par l'accusé et par son avocat. L'accusé, enfermé dans une cage de verre, fut toujours présent aux audiences publiques, qui accueillirent quotidiennement un nombre considérable de journalistes. A côté des objections préliminaires sur la légalité de sa capture et sur la juridiction du Tribunal, les arguments de la défense étaient centrés sur l'attribution d'un rôle administratif minimal et sur l'absence de tout pouvoir décisionnel. Le manque de compétence territoriale de la Cour était également contestée par la défense selon l'argument que les crimes n'avaient pas été commis en Israël. De plus, selon la défense certaines allégations, comme les crimes commis contre le peuple juif, n'étaient pas existantes au moment de la perpétration et la juridiction israélienne elle-même n'était pas préexistante à la perpétration des crimes, car elle avait été instituée avec la création d'Israël. Malgré ses contestations, le 11 décembre 1961, suite à cent-quatorze audiences, le bureaucrate de Hitler fut condamné à la peine capitale ; *I.L.R.*, vol. 36, p. 5 ss.; H. ARENDT, *La banalità del male*, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 11 et s. ; Y. LOZOWICK, *I burocrati di Hitler. Eichmann, i suoi volenterosi carnefici e la banalità del male*, LEG, Gorizia, 2004, pp. 85-182 ; M. PERLMAN, *Cattura e processo*, Storie e memorie, UTET, Torino, 2006, p. 141 et s., voy également le dvd joint à la publication, avec les enregistrements video du procès.

²¹⁷ En ce qui concerne le mouvement *Black Consciousness*, la révolte des années 1980, les violentes répressions à l'encontre des dissidents politiques détenus, appelés «*Robben Islanders*», la pétition «*Free Mandela*» et les négociations intervenues à la fin de la décennie, voy. S. DUBOW, *The African National Congress*, Sutton Publishing Limited, United Kingdom, 2000, pp. 84-110.

²¹⁸ Dans le même contexte se situe le procès à l'encontre des «*Puflsa Five*» - Dumisa Ntsebeza, Lungisile Ntsebeza, Godfrey Silinga, Matthew Goniwe et Michael Mgoenzi -, des étudiants accusés d'avoir provoqué la révolte à Soweto. Le procès, ouvert le 18 octobre 1976 devant la Cour Suprême de Umtata présidée par le Juge George Glaeser Anderson Munnik, se caractérisa par plusieurs violations des droits de la défense commis pendant la détention et les débats, surtout en ce qui concerne la violation du droit à l'appel et du droit des détenus de communiquer entre eux. Pendant cette période, l'application de la peine de mort et de l'emprisonnement politique des dissidents noirs ne faisaient pas suite à un procès, en outre les conditions de la détention étaient souvent contraires aux *United Nations Standards Minimum Rules for the Treatment of Prisoners*, les interrogatoires étaient conduits pendant des dizaines de semaines sans aucune garantie, en l'absence de consultation avec le conseil et de toute contestation formelle des charges ; dans ce cadre d'absence de garanties judiciaires s'inscrit le *Rivonia Trial* contre Mandela et sept autres activistes, pendant les années 1962-1991 ; cf. F. L. BUNTMAN, *Robben Island and Prisoner Resistance to Apartheid*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 1-8, 17-20, 14-32, 81 -111 et 193-235; T. BELL, *Undeclared business, South Africa, apartheid & truth*, RedWorks, Muizenberg, South Africa, 2001, pp. 131-140.

²¹⁹ Les difficultés rencontrées ont concernées le problème de la double incrimination, un principe selon lequel, pour donner lieu à l'exercice de la compétence universelle, les infractions reprochées à l'individu doivent constituer des crimes non seulement par la loi de l'État du *judex deprehensionis*, mais également par la loi de l'État sur le territoire duquel le crime a été commis. La condition de la double incrimination assure le strict respect du principe de légalité des délits et des peines. Dans l'affaire Pinochet, contrairement à la décision de la Chambre des Lords, rendue en 1999 et qui devait concerner la seule légalité de l'arrestation du dictateur, s'agissant de «*crimes jure gentium, la répression*

ii. Le plan d'action international

Après les Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, il faudra attendre les années 1990 avant d'assister à l'instauration des premières juridictions pénales internationales²²⁰. Le T.P.I.Y., en 1993, et le T.P.I.R., en 1994, marquent l'affirmation progressive du D.I.P. dans un contexte international complètement transformé. La menace pour la stabilité internationale n'était plus représentée par des guerres d'agression à caractère mondial mais par des conflits internes qui évoquaient les horreurs des deux conflits mondiaux. Les nouvelles juridictions devaient faire face à des situations spécifiques de conflits inter-ethniques²²¹ et provoquer une action stabilisatrice à caractère légal et non militaire dans des situations susceptibles de menacer l'ordre international²²². Une nouvelle situation obligeait donc à garantir la stabilité internationale par le rétablissement de l'ordre interne et la punition des grands criminels impliqués dans les atrocités commises dans la région balkanique et au Rwanda. Les T.P.I. furent créés selon des modalités exceptionnelles, à savoir par des résolutions du C.d.S. sur la base du Chapitre VII de la Charte des N.U.²²³, et dans des circonstances qui soulevaient des critiques d'ingérence dans la souveraineté étatique²²⁴. Des problèmes de crédibilité se posaient sur une justice d'émergence, définie par Claude Jorda comme

n'intéresse pas seulement l'État sur le territoire duquel les crimes ont été commis, mais la communauté internationale dans son ensemble»; autrement dit, le fait que l'interdiction de la torture relève du *jus cogens* permet de faire prévaloir le droit international sur le droit national, indépendamment de la prévision du crime de torture par la loi nationale ou par l'adhésion du pays concerné à la Convention contre la torture de 1984, en vertu du fait qu'une infraction du droit international coutumier peut toujours être connue par une juridiction nationale. Sur le point, voy. I. MOULIER, *La compétence pénale universelle en droit international*, Thèse en doctorat en date 14 décembre 2006, Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, pas publiée, pp. 840-845; M. COSNARD, «Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l'affaire Pinochet», *R.G.D.I.P.* n°2 (1999), p. 326; *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No 3)*, House of Lords, 24 mars 1999, *I.L.M.* vol. 38, 1999, p. 650; L. GARDOCKI, «The Principle of Universality», in N. JAREBORG (éd.), *Double Criminality. Studies in International Criminal Law*, Iustus Förlag, Uppsala, 1989, p. 65.

²²⁰ G. METTRAUX, «Judicial Inheritance: The Value and Significance of the Nuremberg Trial to Contemporary War Crimes Tribunals», in G. METTRAUX, *op. cit.*, p. 599; W.-A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Code*, Second Edition, Cambridge University Press, 2005, Cambridge, p. 10 et s.

²²¹ M.-C. BASSIOUNI, «L'expérience des premières juridictions pénales internationales», in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET (dir.), *Droit international pénal, op. cit.*, pp.649-658 ; voy. également. M. DEYRA, *op. cit.*, pp. 213-216 ; «L'originalité de la pratique des TPI au regard de la théorie des sources de droit international », in M. DELMAS-MARTY/E. FRONZA/E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), *Les sources du droit pénal international*, UMR de droit comparé de Paris, SLC, Paris, vol. 7, 2004, p. 439 ; P. WECKEL, «L'institution d'un tribunal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie», *A.F.D.I.* (1993), p. 233.

²²² A l'opposé, pour les actions à caractère militaire voy. A. Tanzi, «La sécurité collective entre légalité et légitimité», in M. ARCARI/L. BALMOND (dir.), *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, Giuffrè, Milano, 2008.

²²³ Voy. les résolutions n. 827 du 25/05/1993 pour la création du T.P.I.Y. et n. 935 du 1/07/1994 pour la création du T.P.I.R.. Le même esprit de conjugation entre la justice internationale et nationale a produit la création graduelle des juridictions pénales internationalisées, telles que: les Chambres Extraordinaires au sein des Tribunaux Cambodgiens (C.E.T.C.), le Tribunal Spécial pour la Sierra Leone (T.S.S.L.), le Tribunal Spécial pour le Liban (T.S.L.), les Chambres spécialisées établies au sein des administrations des Nations Unies au Kosovo (M.I.N.U.K.) et au Timor Oriental (A.T.N.U.T.O.). Créées pour faire face à des crises politiques à caractère interne, la nature mixte des dites juridictions réunit en même temps les éléments propres aux systèmes juridiques locaux et internationaux.

²²⁴ Cf. le *Rapport du Groupe d'experts chargé d'évaluer l'efficacité des activités et du fonctionnement du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda*, A/54/634, 22 novembre 1999.

«situationnelle», dans la mesure où elle était limitée à des situations présentant un caractère temporaire qui faisait suite à la justice «occasionnelle» de Nuremberg et de Tokyo²²⁵. Il s'agissait d'une forme de justice qui devait constituer le substrat pour une justice universelle et permanente, qui aurait fonctionné selon des critères de légalité incontestables²²⁶.

Mais les deux Tribunaux représentent également une première application des droits de l'accusé sur la base des principes établis par les documents internationaux et par les chartes constitutionnelles des pays les plus évolués²²⁷. En effet, pour rendre incontestable une justice offerte par des prototypes juridictionnels²²⁸, il fallait fournir des garanties suffisantes quant au respect des règles propres au procès équitable et des droits de la défense. Les Tribunaux *ad hoc*, désormais à la fin de leur activité, continuent à ne pas être exempts de critiques dont la plus marquante concerne la mauvaise gestion du temps, à partir de la durée de la détention préventive jusqu'à la durée excessive des procès²²⁹; cela a produit un report des dates de fermeture des activités des T.P.I., que les rapports officiels avaient fixé à 2013 pour le T.P.I.R. et à 2014 pour le T.P.I.Y., au lieu de 2010, sans que les délais soient respectés²³⁰. Lesdites prévisions ne prennent pas en compte l'accomplissement d'activités résiduelles garantissant principalement le respect des droits de l'accusé, lesquelles continuent de s'avérer nécessaires après la fermeture officielle. Il s'agit des activités concernant l'exécution des peines ou la protection des droits des fugitifs, qui pourraient être retrouvés et soumis à la justice²³¹. A cette fin, des mécanismes présentant des caractéristiques analogues à la structure propre aux T.P.I. ont été prévus, ayant un fonctionnement simplifié²³².

²²⁵ Il s'agit de définitions formulées par Claude Jorda, ancien Président du T.P.I.Y., à l'occasion du Séminaire sur le droit des conflits armés auprès de l'École d'officiers de l'armée de l'air, Salon de Provence, 20 à 22 avril 2010.

²²⁶ D. REBUT, *Droit pénal international, op. cit.*, p. 519 et s.; sur les risques liés aux juridictions d'exception voy. LEBRETON, *op. cit.*, p. 226.

²²⁷ R. KOLB, « Le degré d'internationalisation des Tribunaux pénaux internationalisés », H. ASCENSIO, « L'apport des tribunaux pénaux internationalisés à la définition des crimes internationaux » et G. CAHIN, « L'impact des Tribunaux pénaux internationalisés sur la (re)construction de l'Etat », in H. ASCENSIO/E. LAMBERT-ABDELGAWAD/J.-M.SOREL (dir.), *Les juridictions pénales internationalisées*, Société de législation comparée, Paris, 2006, pp. 47-68, 69-93, 95-143; M. DELMAS-MARTY, "L'influence du droit comparé sur l'activité des tribunaux pénaux internationaux", in A. CASSESE/M. DELMAS-MARTY (éd.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, PUF, Paris, 2002, p. 116.

²²⁸ H. KELSEN, « Will the Judgement in the Nuremberg trial Constitute a Precedent in International Law? », in G. Mettraux, *op. cit.*, p. 274 et s.

²²⁹ H. ASCENSIO/R. MAISON, avec la collaboration de C. BERTRAND, « L'activité des juridictions pénales internationales (2008-2009) », in *A.F.D.I.* (2009).

²³⁰ Voy. le rapport sur la stratégie d'achèvement des travaux des T.P.I., Doc. N.U. S/2009/589, 13 novembre 2009, p. 48-49.

²³¹ Jusqu'au 2011, parmi les fugitifs du T.P.I.Y il y avait *Ratko Mladić*, dont le procès a débuté le 4 juillet 2011 avec la confirmation des charges et son expulsion de la salle d'audience pour outrage à la Chambre.

²³² A cet égard, voy. le Rapport du Secrétaire général sur les aspects administratifs et budgétaires du dépôt des archives des T.P.I., concernant également le siège des mécanismes appelés à exercer toute fonction résiduelle des T.P.I., Doc. N.U. S/2009/258, 21 mai 2009, p. 61.

b. Après la Conférence de Rome

i. Une cour permanente et universelle

Initiée par les T.P.I. et les tribunaux internationalisés, l'époque moderne de la justice pénale internationale se stabilise par la création de la C.P.I., attendue depuis le Traité de Versailles²³³. Au cours des années trente, sous l'égide de la Société des Nations, la nécessité d'une Convention pour la création d'une cour pénale internationale (1937) avait déjà été envisagée, sans toutefois qu'elle se réalise²³⁴. Le débat juridique et le travail de la communauté internationale se poursuivaient en faveur de la création d'un organe de justice pénale internationale à vocation universelle et à caractère permanente, régi par une procédure non provisoire et donc respectueuse des droits de l'accusé²³⁵. Plusieurs études avaient abordé la création d'une juridiction destinée à poursuivre et juger les crimes de droit international intéressant la collectivité des États en raison de leur gravité spéciale²³⁶. Les travaux pour la création d'une cour pénale internationale remontaient à 1948, alors que l'assemblée Générale des Nations Unies, dans sa résolution n. 216 B, avait confié cette tâche à la C.D.I.²³⁷. Il fallait mettre en place une répression pénale internationale dépourvue de tout suspect de représenter une justice de complaisance ou du plus fort et créer un organe capable d'assurer un niveau élevé d'impartialité grâce à des juges indépendants, nommés par la communauté internationale, appelés à poursuivre et juger selon des règles précises, selon le principe de sécurité juridique²³⁸. La Conférence de Rome perfectionnera formellement le *consensus* entre les États pour

²³³ Voy. M.-C. BASSIOUNI, «From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court», 10 *Harv. Hum. Rts. J.* 11 (1997); H. DUMONT/A.-M. BOISVERT, *La voie vers la Cour pénale internationale: toutes les chemins mènent à Rome*, Thémis, Montréal, 2004, p. 179 et s. ; G. BITTI, «Les tribulations de la justice pénale internationale au 20^{ème} siècle: la création d'une Cour Criminelle internationale permanente – Affrontement ou conciliation des dogmes en procédure pénale?, in Actes de la Conférence internationale à l'occasion du 25^e anniversaire de l'Institut supérieur international de sciences criminelles, Syracuse (Italie), 16-20 décembre 1997, Editions Eres, Toulouse, 1998, p. 434 et s.

²³⁴ Assemblée générale, *Rapport du comité pour une juridiction criminelle internationale sur les travaux de sa session tenue du 1er au 31 août 195*, A/2136, 1952; Assemblée générale, *Rapport du comité de 1953 pour une juridiction criminelle internationale*, A/2645, 1954.

²³⁵ Voy. H. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, pp. 403- 451 ; M.-C. BASSIOUNI, *A draft international criminal code and draft statute for an international criminal tribunal*, M. Nijhoff, Boston, 1987, p. 492 et s.

²³⁶ Voy. M.-O. Maurize (dir.), *Au-delà de l'Etat. Le droit international et la défense des droits de l'homme*, Amnesty International, Puvrez S. A., Bruxelles, 1992, pp. 150-167 ; D. SAROOSHI, «International Criminal Justice: An institutional Future?, in L. CAFLISC, *op. cit.*, p. 421. ; G. LAVILLE DE LA PLAIGNE, «La lutte contre l'impunité : la Cour pénale internationale», in *Protéger les droits humains*, Amnesty International, Litec, Paris, 2003, pp. 189-214.

²³⁷ Voy. le « Draft Statute for the International Criminal Court. Part 13. Final Clauses », A/CONF. 183/C.1/L.76/Add. 13, 16 July 1998.

²³⁸ Secrétaire Général des Nations Unies, *Historical Survey of the Question of International Criminal Jurisdiction*, A/AC.4/7/Rev.1, 1949. Quant au parcours historique, voy. G. MOYNIER, «Note sur la création d'une institution judiciaire internationale propre à prévenir et réprimer les infractions à la Convention de Genève », *Bulletin international des sociétés de secours aux militaires blessés*, n° 11, 1872, pp. 122-131.

l'institution d'une juridiction dépourvue de tout caractère temporaire²³⁹ et l'Accord trouvé marquera la rupture avec une forme de justice exceptionnelle, impliquant l'intervention du C.d.S.²⁴⁰. Ainsi le Statut de la Cour Pénale Internationale fut été adopté à Rome le 17 juillet 1998 et entra en vigueur le 1er juillet 2002, après sa ratification par soixante Etats.

ii. La limite de la complémentarité

Les crimes de compétence de la Cour appartiennent à la catégorie des «délits de droit des gens», qui admettent le principe exceptionnel de la compétence universelle²⁴¹. Sur ces crimes la doctrine avait durement travaillé pour obtenir une définition uniforme et une liste limitative, conformément au principe de légalité. L'incertitude de la notion et le caractère relatif de l'intérêt lésé n'ont pas empêché d'aboutir à une acception générale selon laquelle ces délits lèsent des intérêts universels protégés par le droit international²⁴². Une liste précise de crimes et leur définition détaillée ont éliminé toute possible imprécision liée à la compétence matérielle de la Cour²⁴³. Le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression relèvent définitivement de la compétence de la C.P.I. et sont punis selon des règles procédurales établies avant sa mise en fonction²⁴⁴.

Le Statut de Rome affirme donc la volonté des États Parties de limiter la souveraineté de leur juridiction domestique en matière pénale, en ce qui concerne lesdits crimes, mais dans la limite du principe de complémentarité, pierre angulaire du fonctionnement de la C.P.I.²⁴⁵. La création et le

²³⁹ Comité ad hoc pour la création d'une Cour criminelle internationale, *Observations reçues en application du paragraphe 4 de la résolution 49/53 de l'Assemblée générale concernant la création d'une Cour criminelle internationale*, A/AC.244/1/Add.2, 31 mars 1995.

²⁴⁰ W.-A. SCHABAS, *op. cit.*

²⁴¹ D. REBUT, *Droit pénal international, op. cit.*, pp. 469-471.

²⁴² H. DONNEDIEU DE VABRES, «La théorie des délits de droit des gens et son évolution moderne», *R.D.I.S.P.D.* (1950), vol. 28, 1950, p. 28 ss.; voy. également la liste offerte par l'Association Internationale de Droit Pénal, dans la résolution adoptée lors de la Conférence internationale des représentants des commissions de codification pénale tenue à Varsovie en 1927, in *R.I.D.P.* (1928), n°1, p. 15. Parmi ces crimes figurent la piraterie, le faux-moyannage, la traite des esclaves et des enfants et ainsi de suite.

²⁴³ M.-C. BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 59 et s.

²⁴⁴ C.P.I., art. 5.

²⁴⁵ P. KIRSCH, «La Cour pénale internationale face à la souveraineté des Etats», in A. CASSESE/M. DELMAS-MARTY, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, PUF, Paris, 2002, pp. 31-37 ; B.-S. BROWN, «Primacy or complementarity: reconciling the jurisdiction of national courts and international criminal tribunals», in *Yale J.I.L.*, 1998, vol 23, pp. 383 et s.; E. LAMBERT-ABDELGAWAD, «Le dessaisissement des tribunaux nationaux au profit des tribunaux pénaux internationaux: un encadrement abusif par le droit international de l'exercice de la compétence interne?», *R.G.D.I.P.* (2004), p. 408; P. DAVIKA, *op. cit.*, pp. 161-164 ; G. COTTERAU, «Statut en vigueur, la Cour pénale internationale s'installe», *A.F.D.I.* (2002), pp. 129-161; C.-K. HALL, «The First Two Sessions of the UN Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court», *A.J.I.L.*(1997), vol. 91, pp. 177-187; J.-T. HOLMES, «The Principle of Complementarity», in R.-S. Lee (ed.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Kluwer, The Hague/London/Boston, 1999, pp. 41-78 ; F. LATTANZI, «Compétence de la Cour pénale internationale et consentement des Etats», *R.G.D.I.P.* (1999), vol. 103, pp. 425-444; J. KLEFFNER, «The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International

fonctionnement procédural de la Cour dérivent principalement de son Statut, signé à Rome le 17 juillet 1998, adopté le 1^{er} juillet 2002 et actuellement déjà signé par plus d'une centaine d'États. La nature conventionnelle de ce *corpus juris* permet d'évoquer une juridiction définie comme «universelle» par certains, mais qu'ici nous préférons définir comme étant à «vocation universelle», selon l'expression utilisée par Currat, en raison du refus de la part de certaines puissances de le signer²⁴⁶. En effet, la C.P.I. est compétente en matière de crimes ayant une portée internationale²⁴⁷ et qui sont imputables aux responsables appartenant aux rangs civils et militaires les plus élevés²⁴⁸; ces crimes sont susceptibles d'être jugés au sein des États, mais la compétence de la Cour intervient dans le cas où les États échouent à suivre cette obligation pour incapacité ou manque de volonté, selon une évaluation que la Cour fera tenant toujours compte du respect des garanties d'un procès équitable²⁴⁹.

Section II. *La transposition d'un système classique de garanties en un instrument conventionnel : le Statut de Rome*

L'affirmation des droits de la défense au sein du procès pénal international a subi, au cours du temps, des correctifs et des améliorations graduels. L'œuvre de perfectionnement du patrimoine des garanties procédurales s'est dirigée de plus en plus vers une dimension conventionnelle culminant enfin dans l'Accord de Rome. Dans cette perspective, le Statut de la C.P.I. n'est que l'expression d'une volonté de règlementer la matière et le résultat d'un lent processus, auquel la doctrine a donné

Criminal Law», *J.I.C.J.* (2003), vol. 1, pp. 86-113; J. MAYERFELD, «The Mutual Dependence of External and Internal justice: The Democratic Achievement of the International Criminal Court», *Finnish Yearbook of International Law* (2001), pp. 71-107; J.-H. WILLBANKS, «Does the United States Really Prosecute Its Service Members for War Crimes ? Implications for Complementarity before the International Criminal Court », *L.J.I.L.* (2008), vol. 21, pp. 165-183; S. SUR, «Vers une Cour pénale internationale : la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité», *R.G.D.I.P.* (1999), n°1, pp. 29-45; voy. également, «Proposed Amendments Pertaining to Principle of Complementarity ILC Draft Statute for International Criminal Court», avril 1996, sur le site de de la CPI, 19960401_ST_UNITEDSTATES_UD(E) et UD(E)(1).pdf. ; ICC-01/04-01/07-1008-Anx A 30-03-2009 5/37 CB T, ICC-OTP 2003, Informal Expert Paper (X. AGIRRE/A. CASSESE/R.-E. FIFE/H. FRIMAN7C.-K. HALL/J.-T. HOLMES/J. KLEFFNER/H. OLASOLO/N.-H. RASHID/D. ROBINSON/E. WILMSHURST/A. ZIMMERMANN), *The principle of complementarity in practice*, 2003; «Création d'une cour criminelle internationale», Assemblée générale des Nations Unies, résolution 52/160 (A/RES/52/160), 15 décembre 1997.

²⁴⁶ Voy. P. CURRAT, *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, L.G.D.J. Schulthess, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 4; Pour une interprétation originale concernant le caractère universel de la C.P.I par rapport aux Etats-Unis voy. J. FERNANDEZ, *La politique juridique extérieure des Etats-Unis à l'égard de la Cour pénale internationale*, Editions A. Pedone, Paris, 2010, p. 71 et s.; P.-M. DUPUY, «L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public», *R.C.A.D.I.* (2002), vol. 297, pp. 9-489; M. BENNOUNA, «La création d'une juridiction pénale internationale et la souveraineté des Etats», *A.F.D.I.* (1990), pp. 299-306; P.-M. MARTIN, «La Cour pénale internationale: quel avenir pour une illusion?», *Recueil Dalloz*, 1998, pp. 337-340.

²⁴⁷ C.P.I., art. 1.

²⁴⁸ Certains crimes particulièrement épouvantables ne peuvent être commis que par ou avec la complicité des plus hauts représentants de l'État, aussi bien au niveau civil que militaire, par conséquent, les responsables peuvent toujours jouir d'un considérable pouvoir ou protection à cause de leur autorité présente ou passée; voy. O. DE FROUVILLE, «La Cour pénale internationale: une humanité souveraine?», *Les temps modernes*, n° 610, 2000, pp. 257-288.

²⁴⁹ C.P.I., art. 17.

une contribution considérable, portant vers une forme de codification du D.I.P.. Toutefois, il s'est agi d'un processus qui a toujours privilégié le droit matériel sur la procédure. Le Statut de la C.P.I. a le mérite d'avoir donné une structure codifiée aussi bien au droit matériel qu'à la procédure, dans le contexte d'un D.I.P très dynamique et constamment en évolution (§ 1).

Dans le cadre de la procédure, le Statut a donc permis la translittération au niveau conventionnel du processus de codification des droits de l'accusé au sein du procès pénal international. Le processus, auquel la jurisprudence a contribué énormément, s'est accompli à travers une réglementation des garanties judiciaires structurée selon les exigences spécifiques de la justice pénale internationale actuelle, où le procès n'avait plus la connotation exceptionnelle de la justice temporaire avec des règles provisoires. En tant que traité international, le Statut de Rome représente la plus importante des sources primaires écrites du D.I.P., ce qui renforce les exigences de sécurité juridique. A son tour, il comporte un éventail hiérarchique de sources auquel la Cour doit faire référence et doit se tenir dans l'exercice de sa juridiction (§ 2).

§ 1. La codification du D.I.P. et l'importance résiduelle de la procédure

La codification en forme écrite donne une clarté, une précision, une harmonisation et un caractère institutionnel aux règles. Dans le domaine du droit international général la formulation écrite n'est pas demandée par rapport à certaines sources coutumières, cependant, elle devient cruciale dans la matière pénale, qui n'admet guère d'incertitude interprétative ni de lacunes législatives dans un secteur fondamental pour la défense sociale. A la lumière de ce constat, la codification des règles pénales internationales est encore plus importante si l'on considère qu'elles gèrent l'ordre public international et que, pour être efficaces, elles reposent sur une convergence d'intérêts communs dans la défense de la communauté internationale contre toute menace criminelle aux valeurs universelles²⁵⁰. La perspective énoncée explique la transformation conceptuelle du D.P.I. en D.I.P., dans la mesure où d'un droit pénal chargé de réprimer toute infraction présentant des éléments d'extranéité par rapport au système interne, on est graduellement passé à des normes internationales de rang constitutionnel visant à réprimer des crimes internationaux imputables aux individus et non plus aux Etats.

²⁵⁰ S. GLASER, «Les infractions internationales et leurs sanctions», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1948-1949, pp. 811-842 ; V. PELLA, *La criminalité des Etats et le droit pénal de l'avenir*, Imprimerie de l'Etat, Bucarest, 2^{ème} édition, 1926, p. 160 ; J.-Y. DAUTRICOURT, « Nature et fondement du droit pénal universel », *R.I.D.P.C.* (1950), p. 1023.

Dans la catégorie des normes du D.I.P. figurent, d'une part, des obligations coutumières appartenant au droit humanitaire, d'autre part, les principes généraux du droit intéressant la conduite du procès pénal, provenant de différentes traditions juridiques²⁵¹. L'effort de codifier cette branche du droit international n'a pas suivi un parcours uniforme, puisque la réglementation a attribué, surtout au début du processus de codification, un rôle majeur aux incriminations plutôt qu'aux normes régissant la conduite du procès (A). Ensuite, la transposition des règles procédurales dans un instrument coutumier – fruit d'un travail doctrinal, jurisprudentiel et d'une évolution coutumière – a attribué stabilité et sécurité au procès pénal international (B).

A. La primauté du droit matériel en rapport à la procédure

L'analyse scientifique des normes pénales internationales a suivi en même temps un courant européen et international, le premier se basant sur l'affirmation d'un droit pénal international universel (1) et le deuxième dirigé vers l'exploration des profils pénaux du droit international (2). Il s'agit de l'originare bipartition entre droit pénal international (D.P.I.) et droit international pénal (D.I.P.), étant le résultat de la divergence originare des approches doctrinales de ce qui n'était qu'un droit unique²⁵².

1. Le contexte européen et le droit pénal international

C'est à l'école doctrinale européenne qu'il faut attribuer l'intense travail d'élaboration théorique d'un droit pénal à vocation universelle (a), destiné cependant à subir une scission substantielle et non seulement terminologique (b).

a. L'universalisation des crimes

Seul une codification pouvait résoudre tout conflit entre la vision jusnaturaliste de la justice pénale internationale, projetée surtout vers la répression et la qualification des crimes relevant de la coutume internationale, et la perspective positiviste, intéressée à une réglementation juridique

²⁵¹ Sur cet aspect, voy. P.-M. DUPUY, « Normes internationales pénales et droit impératif (*jus cogens*), in H. Ascensio/E. Decaux/A. Pellet, *Droit international pénal*, Editions A. Pedone, Paris, 2000, p. 71 et s.

²⁵² Les deux dénominations sont désormais utilisées indifféremment comme équivalents par la science juridique, d'autant plus si l'on considère que dans la langue anglaise, principalement utilisée au niveau international, il est difficile la transposition d'une telle distinction terminologique. Dans le présent travail, nous continueront à utiliser de préférence l'expression D.I.P., bien que l'autre soit plus communément utilisée dans le milieu de la justice pénale internationale.

formelle de la répression, qui aurait garanti le coupable de tout arbitraire justicialiste²⁵³. Pendant des décennies, l'œuvre d'élaboration de la procédure pénale internationale a progressé s'est concentré sur une codification du droit international matériel ou mieux, d'un droit pénal général au niveau international. A partir du début du XXème siècle, en Europe, un long débat doctrinal, conduit principalement par les maîtres Quintiliano Saldana et Henri Donnedieu de Vabres, s'était focalisé sur la codification des crimes de droit international²⁵⁴. Ils s'étaient rendus porteurs d'une très forte impulsion au ferment juridique qui portait vers un droit pénal à vocation universelle.

En réalité, sur le front européen, déjà en 1889, l'*Union internationale de droit pénal*, fondée par les pénalistes Van Hamel, Prins et von Liszt, s'était fixée comme but le développement du droit pénal au niveau international. Mais, on doit surtout à Vespasien V. Pella et à l'*Association internationale de droit pénal*, en 1935, l'initiative d'élaboration d'un vrai code répressif mondial²⁵⁵. Le code devait circonscrire le champs des infractions pénales individuelles que, pour leur contrariété à la morale et à la conscience des nations, étaient considérées comme des crimes du droit des gens²⁵⁶. A cette époque remonte donc le début du processus d'universalisation de certains crimes, les *delicta iuris gentium*, en vertu d'une idée commune de répression internationale. L'universalisation de la répression était donc l'expression d'un esprit de solidarité entre les Etats dans la lutte à l'impunité, qui devait être conduite sur la base d'un droit interétatique²⁵⁷. Dans ce mouvement on peut déjà envisager les premières lueurs d'un esprit conventionnel embryonnaire, qui aurait ensuite conduit au Statut de Rome, en tant qu'expression ultime d'une communauté internationale intéressée à dépasser les intérêts particuliers des Etats et à préserver la paix et l'ordre international par le biais de la justice²⁵⁸. La matrice conventionnelle du long travail scientifique de

²⁵³ M.-C. BASSIOUNI, *ibid.*, pp. 80-81; M.-C. BASSIOUNI, "The History of the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind", 27 *Isr. L. Rev.* 1-21 (1993), publié dans *Commentaires on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, 11 *Nouvelles Etudes Penales* 1 (M.-C. BASSIOUNI éd. 1993).

²⁵⁴ Tous les deux fondateurs, en 1924, de l'*Association internationale de droit pénal* visant à l'affirmation d'un droit pénal universel ; voy. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Les principes modernes du droit pénal international*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1928, chap. IX et X, pp. 356-441 ; Q. SALDANA, « La justice pénale internationale », *R.C.A.D.I.* (1925-V), vol. 10, pp. 225-424.

²⁵⁵ V.-V. PELLA, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, Imprimerie de l'Etat, Bucarest, 2^{ème} édition, 1926, p. 306 ; du même auteur, « L'Association internationale de droit pénal et la protection de la paix », *R.I.D.P.* (1946), p. 185 ; J.-Y. DAUTRICOURT, « Nature et fondement du droit pénal universel », *R.I.D.P.C.* (1950), p. 1023.

²⁵⁶ Les crimes dits de droit international sont définis principalement par le droit coutumier et par le droit communautaire, car ils sont prévus dans les traités internationaux et généralement tombent sous la compétence des juridictions pénales internationales. Voy. R. KOLB, *Droit international pénal*, Helbing Lichtenhahn Bruylant, Bâle-Bruxelles, 2008, p. 11 ; cf. également, J. SALMON (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001, p. 389.

²⁵⁷ A. HUET/R. KOERING-JOULIN, *Droit penal international*, PUF, Paris, 1994, (Introduction) pp. 1-6.

²⁵⁸ J. GRAVEN, « Pour la défense de la justice internationale, de la paix et de la civilisation par le droit pénal », *R.I.D.P.* (1964), p. 7 ss. ; Q. SALDANA, « La justice pénale internationale », *R.C.A.D.I.* (1925-V), vol. 10, p. 370 ; T. MERON, « International Criminalisation of Internal Atrocities », *A.J.I.L.* (1995), p. 554 et s.

codification révèle que le projet d'un statut pénal international remonte donc à ce mouvement d'idées.

b. La scission doctrinale

Le débat classique mettait néanmoins en relief une distinction, qui n'était pas simplement terminologique, entre droit international pénal – dont la matrice était le droit international - et droit pénal international – dont la matrice était le droit national -, le premier constitué par les normes internationales sur la répression des infractions pénales impliquant plusieurs Etats et le deuxième formé par la branche du droit pénal interne régissant les rapports entre le droit pénal national et l'étranger²⁵⁹. A cet égard, Vespasien Pella préférait plutôt parler de D.P.I., en tant que droit pénal des Etats. En ligne avec cette doctrine, le D.I.P. constituerait seulement un aspect de la partie du droit pénal qui présente des liens avec l'étranger. Selon Kolb, dans la comparaison entre D.P.I. et D.I.P., ce dernier ferait « *partie du premier comme une province fait partie d'un Etat* », dans la mesure où il n'est qu'une branche du D.P.I.²⁶⁰. Mais, il faut considérer que la distinction terminologique n'existe pas dans la langue anglaise. En réalité, au-delà des aspects terminologiques, cette distinction mettait en lumière un problème : la répression internationale sorti de l'élaboration du D.P.I. avait démontré la limite du système répressif international en cours d'élaboration, à savoir qu'il manquait d'opérativité internationale, la répression étant encore réservée aux Etats. Il fallait donc doter ce système repressif d'une connotation institutionnelle et donc procédurale afin de rendre son action effective et non limité au champ théorique.

2. Le contexte international et le droit international pénal : l'ouverture vers les aspects procéduraux et institutionnels

L'idée d'une respression internationale à titre individuel augmentait les hésitations de la communauté internationale (a), mais rendait évidente la nécessité d'une réglementation commune des normes incriminatrices (b).

a. La responsabilité individuelle

²⁵⁹ A. Mahiou, « Les processus de codification du droit international pénal », in H. Ascensio/E. decaux/A. PELLET, *Droit international pénal* (sous la dir.), Editions A. Pedone, Paris, 2000, p. 38.

²⁶⁰ Formule de Kolb, R. KOLB, *Droit international pénal*, *ibid.* ; cf. également, J. SALMON (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 389.

L'élaboration doctrinale avait souligné que le processus vers la codification concernait principalement le droit matériel mais pas encore les normes procédurales nécessaires à la répression et par conséquent, les normes sur les garanties de la défense. En effet, à l'époque, des juridictions pénales internationales appelées à réprimer et à appliquer la sanction à titre individuel manquaient encore, ce qui d'ailleurs ne rendait pas nécessaire la réglementation d'un procès pénal international encore inexistant. De plus, un double profil de responsabilité, individuel et étatique, coexistait de manière conflictuelle, en tant qu'expression d'orientations doctrinales divergentes. L'adage *societas delinquere non potest* synthétise le débat lié à la théorie de V. Pella²⁶¹. Au dehors du contexte européen, la nécessité d'une réglementation de la matière pénale au niveau international a commencé à émerger en 1926, au sein de la S.d.N.²⁶². Toutefois, l'idée d'un droit pénal commun était considéré encore prématurée à cause des troubles politiques caractérisant l'époque et des fortes diversités du droit pénal au sein des traditions nationales différentes, ce qui empêchait aux principes généraux de trouver une convergence permettant une réglementation de la répression internationale²⁶³.

Selon une certaine orientation, l'idée d'un droit pénal commun résultait inconciliable avec l'idée d'égalité entre les Etats - propre au droit international – dans la mesure où le droit pénal implique un rapport de subordination²⁶⁴. En revanche, selon certains, c'était le droit international qui exigeait un rapport de subordination des Etats à une autorité supérieure internationale chargée de veiller sur certains intérêts collectifs, mais à l'époque, l'idée d'une cour pénale internationale n'était pas encore envisageable. En réalité, le débat européen avait souligné un aspect crucial du D.I.P., dans la mesure où celui-ci était considéré comme la partie du D.P.I. où le pouvoir d'appliquer une sanction pénale échappe au domaine propre à la souveraineté étatique pour retomber sur la communauté internationale, puisque certains crimes affectent la communauté internationale avant d'affecter les intérêts nationaux²⁶⁵.

²⁶¹ S. SZUREK, « Historique. La formation du droit international pénal », in H. ASCENSIO/E DECAUX/a. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Editions A. Pedone, Paris, 2000, pp. 8-21.

²⁶¹ V. PELLA, *La criminalité des Etats et le droit pénal de l'avenir*, op. cit.

²⁶² Un exemple de réglementation est le Code de Francis Lieber ou *Code Lieber* sur l'incrimination des crimes de guerre, promulgué en 1863 par l'Ordonnance n°100 du Président Lincoln lors de la guerre de Sécession, qui donnait instructions pour les armées des Etats-Unis en campagne.

²⁶³ Q. SALDANA, « La justice pénale internationale », *R.C.A.D.I.* (1925-V), vol. 10, p. 365 ; M.-C. BASSIOUNI, « Le droit pénal international : son histoire, son objet, son contenu », *R.I.D.P.* (1981), pp. 72 et 78.

²⁶⁴ Voy, l'affaire des *Phosphates marocains*, *C.P.J.I. série C*, n° 85, p. 1061.

²⁶⁵ La fusion entre le droit pénal et le droit international conduisit, selon une certaine doctrine désormais dépassée, à la nécessité de distinguer les crimes internationaux, commis par les Etats, des crimes de droit international pénal, commis par les individus, tombant dans le cadre de la justice dont on s'occupe. En ce qui concerne les juridictions internationales actuelles, une telle distinction ne semble plus avoir de sens surtout si l'on considère seulement l'aspect terminologique : la distinction est difficilement configurable dans la langue anglaise. De plus, aujourd'hui on dispose de juridictions internationales pour les Etats, de juridictions internationales pour les individus et de juridictions pour les

b. La nature conventionnelle des normes d'incrimination

Dans le travail de codification des crimes, un avancement eut lieu avec ce qui a été considéré comme le premier code pénal international : la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide²⁶⁶. Toutefois, en exigeant des poursuites effectives contre les responsables de ce crime, la Convention confirmait encore une fois la primauté de l'aspect substantiel de la codification²⁶⁷. En revanche, le travail d'élaboration normative en matière de droit de la guerre avait déjà représenté une première forme de codification du droit substantiel et de la procédure pénale internationale, à cet égard il faut mentionner les Conventions de La Haye de 1899 et 1907 et la normative en matière de droit humanitaire issue du Comité international de la Croix-Rouge, encore une fois destinée au Etats. Dans ce processus s'inscrit, en 1949, l'adoption des Conventions de Genève sur la répression d'infractions graves du droit international humanitaire en temps de guerre et, en 1977, des Protocoles Additionnels, qui prévoient déjà des prescriptions en matière de procès équitable et de droits de l'accusé, même si la répression continuait à tomber encore sous la responsabilité de l'Etat, à l'égard d'infractions commises par des accusés se trouvant sous son contrôle. Une codification des crimes de guerre et de la sanction pénale venait donc de s'affirmer, mais il s'agissait d'une réglementation internationale des garanties procédurales encore embryonnaire et encore restreint aux confins étatiques.

L'œuvre de définition et de cristallisation de normes d'incrimination se poursuivait à travers une série de conventions concernant des graves infractions internationales, telles que la piraterie maritime²⁶⁸. Dans le processus de codification du D.I.P., se'est seulement à une époque plus récente que la réglementation commence vraiment à se concentrer, à coté des aspects substantiels, sur des aspects procéduraux, tels que les conditions de détention et de garde à vue, les modalités d'exécution des peines, les méthodes et pratiques lors des interrogatoires et en général, tout comportement susceptible de créer des souffrances infligés par les agents de la fonction publique ou

deux. On peut donc parler indifféremment de justice internationale pénale ou de justice pénale internationale. Dans le présent travail, nous utiliseront surtout l'expression justice pénale internationale, qui est d'ailleurs la plus utilisée. Par contre, en ce qui concerne le droit, nous privilégierons l'expression D.I.P.

²⁶⁶ Approuvée à New York et soumise à la signature et à la ratification ou à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 260 (III) A du 9 décembre 1948.

²⁶⁷ Voy. l'art. IX de la Convention, qui établit la compétence de la Cour Internationale de Justice dans tout cas d'interprétation, d'application et d'exécution de la Convention, et qui fixe des critères fondamentaux pour le respect du principe de légalité.

²⁶⁸ En particulier, la Convention sur le droit de la mer, signée à Montego Bay le 10 décembre 1982 et entrée en vigueur le 16 novembre 1994.

par d'autres personnes agissant à titre officiel²⁶⁹. A cet égard, il faut souligner l'importance de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984)²⁷⁰, mais il s'agit toujours d'une perspective de répression limitée au contexte national.

B. Droit matériel et procédure : le début d'une réglementation conjointe

Le processus d'affirmation et de perfectionnement du système de protection des droits de la défense a suivi les événements les plus dramatiques vécus par le genre humain. Le changement de morphologie des conflits, d'abord internationaux et ensuite internes, qui avait accompagné la fin de la Guerre Froide n'avait muté ni la gravité ni la proportion des crimes commis²⁷¹. La création d'organismes aptes à la répression pénale internationale a donc impliqué une réglementation codifiée des garanties procédurales nécessaires pour la crédibilité de la répression elle-même **(1)**. L'actuel régime conventionnel des droits de la défense propre à la C.P.I. n'est que le résultat d'une longue évolution de la justice pénale internationale qui a progressivement conjugué la réglementation pénale internationale aussi bien substantielle que procédurale dans un instrument statutaire qui a déjà recueilli un nombre considérable d'adhésions²⁷²**(2)**.

1. La codification

Les travaux pour la codification de la partie procédurale du D.I.P. ont commencé par une phase d'élaboration générale conduite par les N.U.. Le processus a commencé par le projet d'un Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, qui, toutefois, est resté longtemps dans une situation de stagnation à cause d'une élaboration trop prolongée **(a)**. Le Statut de Rome représente la fin dudit processus, aboutissant dans la création d'une instance judiciaire destinataire d'une normative procédurale apte à son fonctionnement régulier **(b)**.

a. La phase de l'élaboration : le projet de Code

²⁶⁹ A. MAHIOU, « Les processus de codification du droit international pénal », in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *Droit international pénal*, Editions A. Pedone, Paris, 2000, pp. 37-53.

²⁷⁰ Adoptée par A/RES/39/46, New York, le 10 décembre 1984 et entrée en vigueur le 26 juin 1987.

²⁷¹ M. BORQUIN, « Règles générales du droit de la paix », *R.C.A.D.I.* (1931), vol. 35-I, p. 174 ss. ; J. LINDENMANN, « Transitional Justice and the International Criminal Court: Some Reflections on the Role of the ICC in Conflict Transformations », in L. CAFLISCH, *Promoting Justice, Human Rights and Conflicts resolution through International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, p. 315 et s.

²⁷² R. BADINTER, « La marche vers une justice pénale internationale », in L. CAFLISCH, *op. cit.*, p. 33.

Par la Résolution 95(I) du 11 décembre 1946, l'A.G. chargeait la Commission de droit international (C.D.I.), l'organe des N.U. préposé à la codification du D.I.P, d'aboutir à la codification des principes de Nuremberg²⁷³. De plus, la C.D.I. devait formuler un projet de Code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (« projet de Code ») et le projet pour la création d'une cour pénale internationale (« projet de Statut »)²⁷⁴, une idée resurgie après la fin de la Guerre Froide (1989), mais surtout à l'occasion de la requête de Trinité-et-Tobago de punir les crimes liés au trafic de la drogue²⁷⁵. Les principes de Nuremberg furent donc la base pour le projet de Code, de même pour le projet de Statut, qui auraient dû doter l'instance pénale internationale d'un mécanisme de fonctionnement en mesure d'assurer les garanties du procès équitable²⁷⁶. Au cours des travaux de la C.D.I., l'importance des aspects procéduraux et institutionnels porta à la création d'un Comité *ad hoc*, chargé d'élaborer une étude pour la création d'une cour pénale internationale, alors que le travail de codification du droit substantiel restait confié à la Commission²⁷⁷. Les deux organes, cependant, eurent des difficultés à travailler en coordination, malgré le lien entre les deux aspects de la codification. Le processus de codification du D.I.P. subira une accélération dans les années 1990 pour deux raisons présentant un très fort lien de connexité : d'une part, l'ascension vertigineuse des droits de l'homme dans l'ordre international, caractérisé par le rapprochement graduel des droits de l'homme et du droit humanitaire, avec l'introduction du concept de devoir d'ingérence, la production des traités internationaux et l'affirmation des O.N.G.; d'autre part, une urgence humanitaire qui, réactivant la répression pénale internationale, déterminera la création presque simultanée des Tribunaux *ad hoc* et enfin, de la C.P.I..

²⁷³ Voy. le *Compte rendu des travaux de la C.D.I.*, A/CN.4/SR/54, pp. 15-23.

²⁷⁴ M. C. BASSIOUNI, « *Expérience des premières juridictions pénales internationales* », *op. cit.*, pp. 650-658 ; mais sur les travaux de la C.D.I., voy. J. CRAWFORD, « The Work of the International Law Commission », in A. CASSESE/P. GAETA/J. JONES (éd.), *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary*, vol. I, Oxford, 2002, p. 23 et s. ; M.-C. BASSIOUNI, « The History of the Draft Code of Crimes Against the Peace and the Security of Mankind », *Israel Law Review*, 1993, p. 247 ss.; J. CRAWFORD, « The I.L.C.'s Draft Statute for an International Criminal Court », *A.J.I.L.* (1994), p. 140 ss.; A. QUINTANA-RIPOLLES, « Etude critique des projets du Comité de l'O.N.U. sur les projets de code penal et de statut pour une juridiction criminelle internationale », *R.I.D.P.* (1964), p. 107 et s.

²⁷⁵ Y.-L. LIANG, « Le développement et la codification du droit international », *R.C.A.D.I.* (1948), vol. 73, p. 411 AET s. ; V.-P. PELLA, « La codification du droit pénal international », *R.G.D.I.P.* (1952), p. 337 ss. ; J. GRAVEN, « Pour la défense de la justice internationale, de la paix et de la civilisation par le droit pénal », *R.I.D.P.* (1964), p. 7 ss. ; A. MAHIOU, « Les processus de codification du droit international pénal », in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *Droit international pénal*, Editions A. Pedone, Paris, 2000, pp. 37-53.

²⁷⁶ L. SINOPOLI, « Les droits de la défense », in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *op. cit.*, pp. 791-805 ; S. - R. RATNER/J. S. ABRAMS, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, Clarendon Press, Oxford, 1997, p. 126.

²⁷⁷ A cet égard voy. les résolutions de l'A.G. : Rés. 489 du 12 décembre 1950 et Rés. 687 du 5 décembre 1952. Il faut distinguer entre Comité préparatoire et Commission préparatoire, cette dernière chargée d'étudier en détail les règles pour le fonctionnement de la Cour, alors que le Comité préparatoire a préparé les travaux de la Conférence diplomatique pour l'entrée en vigueur du Statut de la C.P.I. ; pour une chronologie des travaux voy. P. CURRAT, *op. cit.*, pp. 40-46.

b. La phase de l'actuation : le projet de Statut

Si la codification du droit matériel a pris environ 20 ans²⁷⁸, le processus pour l'institution de la C.P.I. ne décolle définitivement qu'au début des années 1990, alors que toute hésitation sur l'opportunité d'une juridiction universelle s'atténue à l'occasion de l'urgence humanitaire éclatée à cause de la guerre du Golfe et aux atrocités perpétrées dans l'ex-Yougoslavie et au Rwanda²⁷⁹. Le discours sur les règles procédurales de la justice internationale s'inscrit dans le cadre d'une justice émergente mais encore exceptionnelle, même si cette phase historique produira parallèlement une consolidation institutionnelle et une consolidation normative – aussi bien d'un point de vue du droit matériel que de la procédure -. En effet, la nouvelle dimension institutionnelle de la justice pénale internationale demandait une réglementation précise de la procédure de fonctionnement d'une machine répressive internationale nouvelle. Le besoin de règles procédurales précises devint donc nécessaire à cause du développement croissant du droit international humanitaire, qui conduisait devant des nouvelles juridictions, des individus qui, auparavant, aurait dû répondre de leur conduite uniquement devant les juridictions domestiques.

Ainsi, un élargissement de la responsabilité pénale avait rendu nécessaire une adaptation au niveau international des mêmes garanties procédurales que les systèmes nationaux garantissaient à l'accusé. A partir d'un certain moment, le droit international imposa, d'une part, de poursuivre et juger les responsables d'atrocités contre le genre humain et, de l'autre, demanda l'application des standards internationaux sur les droits de l'homme, ce qui auraient permis des procès sur la base de procédures judiciaires conformes à la loi et respectueuses de la dignité de la personne humaine²⁸⁰. Même si les aspects substantiels de la codification en matière de génocide, de crimes contre l'humanité, de guerre et d'agression continuaient encore à être prioritaires par rapport à tout aspect procédural, cela n'a pas empêché une élaboration parallèle de la procédure, démontrée par le Statut de Rome, un document contenant tant des règles de droit matériel que de procédure. D'ailleurs, une telle progression parallèle aurait permis d'éviter les approximations liées aux interventions d'urgence du Conseil de Sécurité.

²⁷⁸ Il faut considérer que l'activité de la Commission a souvent subi des arrestations et des ralentissements, par conséquent, l'activité s'est concentrée entre les années 1949-1954 et 1982-1996. En 1996, la Commission a finalement adopté un Projet de Code.

²⁷⁹ B. FERENCZ, « An International Criminal Code and Court : Where They Stand and Where They're Going », *Columbia J.T.L.*, 1992, p. 375 et s.

²⁸⁰ A. PELLET, « Présentation de la 1ère partie », in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *Droit international pénal*, *op. cit.*, p. 84; P. DEVIKA, « Human Rights, Terrorism and International Law », in *Justice and Reconciliation, an integrated approach*, G.-L. BERUTO (Editor), IIHL-IDPD, Sanremo, 2006, p. 144 et s.

Face à une situation de bouleversement international exceptionnel, l'accélération des travaux de codification d'une procédure applicable dans le procès pénal international était donc inévitable et le projet élaboré par la C.D.I., en 1992, fut présenté l'année suivante à l'A.G., afin que celle-ci sollicite aux Etats toute observation. En 1998, par l'adoption du Statut de la C.P.I., la Conférence de Rome conclua donc le processus de codification conventionnel d'un droit qui avait débuté environ 70 ans auparavant au sein de la S.d.N et relatif à l'institution d'une juridiction sortie de la volonté de la communauté internationale²⁸¹. Dans la perspective d'une action stabilisatrice de la répression internationale, en tant qu'obligation universelle et impérative, la création de la C.P.I. et la mise en œuvre de son Statut ne peuvent qu'avoir renforcé le processus de formation du D.I.P.²⁸².

2 . Des garanties procédurales à caractère conventionnel

Du point de vue des sources conventionnelles, les Conventions de Genève et la Convention contre le génocide ont décrété le début du processus de codification des incriminations, alors que l'Accord de Londres a abordé également les garanties procédurales. L'Accord de Rome représente la synthèse d'une consécration conventionnelle définitive du droit substantiel et de la procédure pénale internationale (a). Toutefois, le droit sorti du Statut n'a pas donné ce que le processus de codification avait promis (b).

a. Une fusion du droit matériel et de la procédure

i. Une inversion de l'ordre de priorité

Si le projet de Code devait s'inscrire uniquement dans le cadre du droit matériel, le projet de Statut devait étendre sa réglementation à la procédure qu'une possible cour pénale internationale aurait appliqué. A cet égard, il faut rappeler que l'A.G. n'avait pas demandé à la C.D.I. d'élaborer un projet de Statut, mais de vérifier préalablement s'il était « ...possible de créer un organe judiciaire international chargé de juger les personnes accusées de génocide et d'autres crimes »²⁸³. Toutefois, l'étude pour évaluer la possibilité d'une telle juridiction se traduisait *de facto* dans l'étude des règles permettant son fonctionnement - ce qui d'ailleurs a transformé la nature du projet-, d'autant plus que, à un certain moment, la C.D.I. a reconnu le lien profond entre les deux projets et la nécessité de procéder à une élaboration conjointe à l'avenir²⁸⁴.

²⁸¹ A. MAHIOU, *ibid.*

²⁸² M.-C. BASSIOUNI, « The History of the Draft Code of Crimes Against the Peace and the Security of Mankind », *op. cit.*, p. 84.

²⁸³ Voy. Rés. B (III) du 9 décembre 1948.

²⁸⁴ Voy. le premier rapport in *Ann. C.D.I.*, 1983, vol. II, 1^{ère} partie, p. 155. Mais la question d'une élaboration conjointe

Les violents bouleversements géopolitiques successifs à la fin de la Guerre Froide ont ensuite inversé l'ordre de priorité d'origine des travaux concernant le projet de Code et le projet de Statut, jusqu'à ce qu'en 1994 ce dernier soit transmis par la Commission à l'A.G., alors que le premier restera en chantier. Les temps réduits pour l'approbation du projet de Statut, mais surtout pour son élaboration, ont posé des doutes légitimes de la part des juristes sur cette forme de codification du D.I.P.. C'est certainement grâce à la forte contribution offerte par les travaux intenses précédemment employés que le projet de Code a progressé et surtout, grâce à la discipline statutaire des Tribunaux *ad hoc*²⁸⁵. Toutefois, le Statut de Rome a conjugué de façon structurée les éléments substantiels et les éléments procéduraux du D.I.P., alors que les deux projets avaient remarqué la distinction.

ii. La codification de normes coutumières

Le Statut de Rome a donc constitué la phase de la maturité de la justice pénale internationale et donc du D.I.P.. En matière de sources formelles, son importance, en tant que source du D.I.P., réside dans le fait que pour la première fois les principes généraux et les règles fondamentales qui régissent la justice pénale internationale selon des critères certains, précis et définitifs ont fait l'objet, conformément au principe de légalité, d'une rédaction formelle dans un traité international signé par un nombre considérable d'Etats. Le Statut de Rome n'est que l'expression de la phase la plus avancée du long processus de codification du D.I.P.. Il incarne la consécration conventionnelle des règles du procès pénal international qui se sont consolidées selon un D.I.P. coutumier, dans la mesure où il s'est formé en plusieurs décennies et s'est formalisé bien plus tard dans un engagement international solennel impliquant la communauté internationale. L'opération prodromique liée à la rédaction de cet instrument conventionnel a donc été la codification de la coutume internationale.

De plus, du point de vue strictement institutionnel et procédural, le Statut marque une coïncidence chronologique entre la naissance de mécanismes juridictionnels de répression et l'*iter* d'affirmation des droits de la défense dans une optique plus générale d'épanouissement des droits de l'homme au sein de la justice pénale internationale. De plus, la consolidation et la codification de la procédure s'est perfectionnée par l'adoption d'autres instruments officiels comme les règlements, notamment le Règlement de procédure et de preuve. Jusqu'à l'institution de la C.P.I., le D.I.P. ne disposait pas d'une codification spécifique. En l'absence de textes officiels aptes à régler la

resurgit au début des années 90 suite aux événements dramatiques liés à la guerre du Golfe, de l'ex-Yougoslavie et au génocide au Rwanda.

²⁸⁵ A. MAHIOU, « Le processus de codification du droit international pénal », *op. cit.*, pp.50-52.

partie générale du droit matériel et procédural du D.I.P., les Tribunaux *ad hoc* ont dû opérer en l'absence de textes écrits préexistant pour définir exactement les crimes tombant sous leur juridiction et les règles pour leur fonctionnement. Malgré la réglementation lacunaire, ils ont contribué à énoncer les notions et les concepts généraux applicables dans l'exercice de la justice pénale internationale.

b. Un code du droit et de la procédure pénale internationale ?

i. Le Statut comme source écrite du D.I.P.

Le Statut de Rome fait partie des sources primaires écrites du D.I.P. et les sources de celui-ci sont les mêmes que celles du droit international public, dont il n'est qu'une branche²⁸⁶. Or, l'analyse de la nature juridique du Statut de la C.P.I. se situe à l'intérieur du cadre général très complexe des sources du D.I.P., un système polymorphe qui a vu dans le Statut de Rome une sorte d'action stabilisatrice, étant celui-ci la source écrite la plus importante dudit système²⁸⁷. Sur le plan des garanties de la défense, les sources normatives sur lesquelles la justice pénale internationale s'appuie donnent un régime de légalité au devoir-pouvoir de poursuivre et punir certains crimes établis par la loi, selon des procédures établies par la loi, avec des sanctions prévues par la loi et surtout par un juge établi par la loi. Le Statut de Rome permet à la C.P.I. d'être une instance légalement constituée par la communauté internationale et donc légitimée à juger en application de règles de droit. La fonction de garantie du Statut est donc double : juridictionnelle et normative. Autrement dit, c'est de la volonté interétatique exprimée par le Statut de Rome que la Cour tire son pouvoir, car l'exercice de sa juridiction doit être accepté par l'Etat de la nationalité de l'accusé ou par l'Etat sur le territoire duquel le crime a été commis, à moins que sa saisine ne revienne au Conseil de Sécurité²⁸⁸.

Le Statut de Rome concilie donc le caractère coutumier aussi bien des crimes poursuivis par la Cour que des garanties procédurales de la défense, s'étant cristallisés au sein de la justice pénale

²⁸⁶ Selon l'article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice, les sources du droit international sont : le droit conventionnel, le droit coutumier et les principes généraux de droit. Quant aux sources indirectes, elles sont la doctrine et la jurisprudence ; voy. B. SIMMA/A. PAULUS, « Le rôle des différentes sources du droit international pénal », in H. ASCENSIO/e. DECAUX/A. PELLET, *op. cit.*, pp. 55-80.

²⁸⁷ Il faut considérer la nature hybride du D.I.P., composé d'un ensemble de normes mélangées, provenant du D.I.H., de la normative sur les droits de l'Homme et du droit pénal matériel et procédural au plan national. Dans cette optique, quant aux sources primaires constituées par les traités, il faut préciser que les principes propres au D.I.H. - notamment ceux codifiés dans les Conventions de Genève de 1949, dans les Protocoles additionnels de 1977, dans les Statuts des différentes juridictions pénales internationales et également présentes dans d'autres importantes conventions internationales et résolutions des N.U. - occupent une place privilégiée.

²⁸⁸ A. MAHIOU, « Le processus de codification », in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *op. cit.*, pp. 37-53.

internationale grâce à la volonté des Etats Parties de disposer préalablement d'un *corpus* normatif²⁸⁹. En tant que source principale de la Cour, le Statut a donc réconcilié les sources du droit international, dont la principale est le droit coutumier, avec le droit de l'accusé à la sécurité juridique. En ce qui concerne les garanties procédurales, il contient les mêmes principes connus et appliqués par les principaux systèmes juridiques, un aspect de la procédure qui souligne la tendance de la Cour à être universellement reconnue. Lesdits principes visent à la protection de la personne accusée selon des standards internationaux des droits de l'homme. Dans le cadre de sa fonction de régulateur du déroulement du procès, le Statut de Rome fait en sorte que la procédure en vigueur devant la Cour assure un procès efficace et correct. La prévision d'un éventail de droits de l'accusé est donc la démonstration de la volonté des Etats de lutter contre l'impunité dans le respect des droits de l'homme-accusé, en se soustrayant ainsi à la tentation d'une justice sommaire qui tient plus compte de la nécessité immédiate de punir que d'obtenir la vérité par le truchement du droit. Le Statut de Rome a donc conformé la codification de son droit au droit coutumier, en lui donnant une légitimation écrite par rapport à certains aspects juridiques d'une importance particulière. Désormais, l'évolution du droit coutumier doit se mesurer avec le Statut de la Cour, en tant que source primaire du D.I.P..

ii. La méfiance persistante envers un code universel

Pour Rousseau « *Il est pour les Nations comme pour les hommes un temps de maturité qu'il faut attendre avant de les soumettre à des lois...* »²⁹⁰. L'Accord de Rome peut être encadré dans un double profil : comme la phase ultime du long processus, mis en marche en 1948 par la C.D.I., pour aboutir à une codification générale des crimes internationaux, ou, par contre, comme l'interruption de ce processus, dans la mesure où le Statut contient déjà des normes incriminatrices, ce qui donc rendrait vaine et superflue l'adoption d'un code du D.I.P. autonome. Dans cette perspective, le Statut de Rome a bouleversé le processus de codification du D.I.P.. Certes, il représente une forme de codification du droit et de la procédure pénale internationale, en admettant l'existence d'un droit unifié. En effet, à l'exception de la spécificité de certaines juridictions – voir la successive rédaction du Statut du T.S.L.-, les règles principales contenues dans le Statut font désormais partie du D.I.P. et ne peuvent être négligées, à moins de ne transgresser le D.I.P. tout court. Toutefois, la résistance envers ce qu'incarne cette forme de justice empêche un *consensus* international plus élargi, qui se décline à travers une adhésion plus ample et sans réserves au Statut de Rome ou à travers l'adoption au niveau interne de lois d'adaptation au Statut, ce qui empêche de considérer ce document comme un véritable code pénal et de procédure pénale internationale.

²⁸⁹ C.P.I., art. 12 et 13.

²⁹⁰ J.-J. ROUSSEAU, *op. cit.*, Livre II, Chapitre VIII *Du peuple*, p. 84.

§ 2. Le Statut de la C.P.I. : la consécration d'un système des garanties au sein du procès pénal international

Bien qu'elle n'était pas prévue expressément dans les Statuts des T.P.I., la coutume internationale a donné une contribution essentielle au processus de codification du D.I.P. qui est une source primaire²⁹¹. Le travail d'élaboration du droit coutumier de la part de la jurisprudence pénale internationale a beaucoup contribué à l'éclaircissement de certains aspects du droit humanitaire à l'intérieur d'un système de justice universelle, mais il a également contribué à l'établissement de principes et règles procédurales certaines, nécessaires aux fins d'un déroulement régulier du procès pénal international. Or, dans cette matière, le droit coutumier – qui par sa nature n'est pas écrit - se base principalement sur la jurisprudence nationale et internationale qui a veillé sur la formation de la *diuturnitas* en relation aux fondements et aux principes généraux incontournables du droit pénal aussi bien substantiels, comme le principe de légalité, que procéduraux, comme le droit au contradictoire²⁹². Dans cette perspective, l'œuvre d'interprétation sortie des Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, mais également celle des T.P.I., a représenté la source jurisprudentielle la plus significative dans le processus de cristallisation de la coutume dans le cadre du processus d'avancement du D.I.P. (A).

La C.P.I. est l'institution qui a définitivement fixé un point d'ancrage normatif après les « expérimentations » des autres juridictions. Le Statut de Rome rassemble l'élaboration conceptuelle des principes produits par la jurisprudence précédente, ce qui a permis d'ordonner de façon systématique, logique et en forme écrite les avancements juridiques qui régissent aujourd'hui le procès pénal international. Il s'agit d'avancement consacrés dans un ensemble normatif qui obéit à une hiérarchie de sources régissant le procès devant la C.P.I. (B).

A. L'apport de la coutume et de la jurisprudence à la codification

²⁹¹ A. CASSESE/D. SCALIA/V. THALMANN, *Les grands arrêts de droit international pénal*, Dalloz, Paris, 2010, pp. 21-22.

²⁹² En réalité, la jurisprudence compte parmi les sources auxiliaires, à savoir les précédents judiciaires, les Résolutions de l'A.G. ou du C.d.S. des N.U., les projets de la C.D.I., les projets d'associations scientifiques privées, la doctrine la plus qualifiée et les manuels militaires. Il s'agit de sources qui selon une autre doctrine demeurent secondaires dans l'application et interprétation du D.I.P ; voy. R. KOLB, *Droit international pénal*, Bruylant, Bruxelles, 2008, pp. 56-61 ; B. SIMMA/A. PAULUS, « Le rôle relatif des différentes sources du droit international pénal (dont les principes généraux de droits) », in H. ASCENSIO/E. DECAUX/a. PELLET, *Droit international pénal*, Editions A. Pedone, Paris, 2000, pp. 55-69.

²⁹² C.P.I., art. 21 (1)(a).

Aux Tribunaux de Nuremberg et Tokyo il faut reconnaître le début d'une production jurisprudentielle essentielle pour la successive réglementation du procès pénal international. D'ailleurs les N.U. avaient baptisé les principes sortis du procès de Nuremberg comme principes de droit international conjuguant aussi bien des aspects substantiels que procéduraux dans des normes coutumières²⁹³. Par la suite, la jurisprudence maintiendra un rôle crucial dans ce type de justice. Mais il y a eu une contribution mutuelle de la coutume et de la jurisprudence à la construction du procès pénal international. D'une part, la coutume internationale a mis en marche une jurisprudence pénale internationale déterminante pour l'évolution du D.I.P. (1) mais, de l'autre côté, la jurisprudence a produit un droit coutumier à travers la formation de l'*opinio juris* sur certains points controversés qui nécessitaient d'une clarification et d'une adaptation à la spécificité de la justice pénale internationale. Le processus entier a ensuite permis à l'ensemble de ces règles, étant le fruit de cette évolution aussi bien coutumière que jurisprudentielle, de se réunir dans un document conventionnel : le Statut de Rome (2).

1. Les premiers outils jurisprudentiels

« For a Tribunal such as this one to be established according to the rule of law, it must be established in accordance with the proper international standards ; it must provide all the guarantees of fairness, justice and even-handedness, in full conformity with internationally recognized human rights instruments »²⁹⁴. Il existe une idée générale qui fonde la création et l'évolution du D.I.P. dans la jurisprudence, s'agissant d'un droit qui, selon une doctrine qui fait autorité, « s'est construit de façon prétorienne, jugement après jugement »²⁹⁵. En effet, jusqu'au Statut de Rome, il n'y avait pas de vrai *corpus* juridique structuré, contenant tantôt les principes généraux tantôt les règles procédurales écrites. La pratique jurisprudentielle ou *case law* a eu le mérite d'avoir progressivement cristallisé ce droit, en lui donnant le caractère certain propre à la loi. A cet égard, la doctrine parle justement de « construction » dans la mesure où, en fixant des paramètres certains, la jurisprudence pénale, aussi bien internationale que nationale, a condensé et donné forme à un ensemble normatif auparavant fragmenté²⁹⁶. La jurisprudence est donc la source principale de la justice pénale internationale et cette dérivation la rapproche plus des systèmes juridiques de la *common law* que de la *civil law*, ces derniers disposant de sources juridiques écrites,

²⁹³ H. DONNEDIEU DE VABRES, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal », *R.C.A.D.I.* (1947-I), vol. 70, p. 481 et s.

²⁹⁴ T.P.I.Y., *Prosecutor v. Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, (1997) 105 ILR 453, 35 ILM 32, IT-94-1—AR72, par. 45.

²⁹⁵ A. CASSESE/D. SCALIA/V. THALMANN, *Les grands arrêts de droit international pénal*, *ibid.*, (Introduction) p. 3.

²⁹⁶ C. TOMUSCHAT, « La cristallisation coutumière », in H. Ascensio/E. Decaux/A. Pellet, *op. cit.*, pp. 23-35.

comme les codes et les lois formelles. Du point de vue de la procédure, l'importance de la jurisprudence demeure spécifiquement dans l'œuvre progressive de formation du D.I.P.. L'apport jurisprudentiel n'est que le fruit de l'interaction entre les contestations des parties, surtout de la défense (a), et le travail d'interprétation des juges sur certains aspects critiques d'un modèle de procès en cours de formation (b).

a. L'apport de la défense à la cristallisation des garanties

La jurisprudence du T.P.I.Y. a donné une contribution considérable à la codification du D.I.P., en devenant l'une des sources principales. Dans le cadre de l'affaire Tadić, le Tribunal a posé les bases juridiques qui constituent les fondements de l'existence même des instances pénales internationales²⁹⁷. S'agissant du premier procès ouvert suite à l'institution des deux Tribunaux *ad hoc*, il a dû résoudre les premiers obstacles liés à la légalité de la juridiction, au droit la régissant et toute une série de questions prodromiques. Les critiques les plus importantes ont été soulevées par la défense, qui a promu le processus évolutif du procès équitable. Les premières questions de la défense n'ont donc pas concerné le fond des faits imputés mais des aspects préliminaires mettant en doute le fondement même et la régularité du mécanisme de création et de fonctionnement du Tribunal, des mécanismes susceptibles d'enfreindre les droits de l'accusé les plus élémentaires²⁹⁸.

La stratégie adoptée par Tadić a abordé trois aspects principaux. Tout d'abord, l'illégalité de la création du Tribunal, un argument qui, à partir de Nuremberg et quoique sur des bases différentes, a été le plus exploité pour contester n'importe quelle juridiction pénale internationale. En effet, l'illégalité prétendue de la juridiction affecte, dans plusieurs points, la carapace de protection de l'accusé qui, en premier lieu a le droit d'être jugé par un tribunal pré-établi par la loi, donc antérieurement à la commission du crime, car le non respect de ces critères peut entraîner toute une série d'autres garanties comme l'impartialité et l'indépendance de l'instance ou la conformité de son fonctionnement aux règles du procès équitable et aux droits de l'accusé. Le deuxième argument, lié fortement au premier, a concerné l'abus de la primauté du Tribunal par

²⁹⁷ En tant que dirigeant du parti démocratique serbe et en qualité de supérieur hiérarchique des forces paramilitaires des Serbes de Bosnie, Duško Tadić a été jugé responsable de nombreux crimes internationaux, parmi lesquels le nettoyage ethnique de la population non serbe de Kozarac, en Bosnie-Herzégovine, ville à majorité musulmane ; pour ses crimes, en 2000, il a été condamné définitivement par la Chambre d'appel du T.P.I.Y. à 20 ans d'emprisonnement pour 20 chefs d'accusation ; pour la consultation de cette affaire en ligne : www.icty-tpiy.org.

²⁹⁸ A partir de Nuremberg et ensuite de l'affaire Tadić, les contestations de la défense concernant les incriminations pour certains crimes internationaux seront traitées sur la base des mêmes arguments, voy. T.P.I.Y., *Le Procureur v. Erdemović*, Chambre d'appel, Arrêt 7 octobre 1997, IT-96-22; T.P.I.Y., *Le Procureur v. Tadić*, Chambre d'appel, Arrêt 15 juillet 1999, IT-94-1, §§ 204-225 ; T.P.I.Y., *Le Procureur v. Kunarac*, Chambre de première instance, Jugement, 22 février 2001, (IT-96-23), § 539.

rapport aux juridictions nationales, cet exercice abusif de juridiction portant atteinte à la souveraineté étatique et par conséquent, au droit de l'accusé au juge naturel. En dernier lieu, l'argument de l'incompétence *rationae materiae*, selon lequel l'accusé soutenait la thèse que les crimes de compétence du T.P.I.Y. devaient s'inscrire dans le contexte d'un conflit international et non interne, comme c'était le cas pour le conflit en ex-Yougoslavie²⁹⁹. La Chambre d'appel s'est longuement focalisée sur ce troisième aspect et a établi, dans le jugement, un critère juridique valable dès lors, pour résoudre toute problématique relative à la compétence des juridictions pénales internationales en matière de conflits internes. Dans le plein respect du principe de légalité, le Tribunal a donc fixé le critère de l'équivalence de ces derniers aux conflits internationaux³⁰⁰.

b. L'autorité de la chose interprétée

Il est intéressant de s'arrêter sur l'argument logique à la base de la décision relative à l'affaire Tadić, où le Tribunal a établi que certaines règles du droit international conventionnel, comme par exemple l'article 3 commun des Conventions de Genève et les règles du Protocole additionnel II de 1977 sur les conflits à caractère national, ont progressivement été absorbés par le droit coutumier, à cause d'une interaction entre ces deux catégories de droits qui a fini par faire accepter universellement des règles conventionnelles en matière de conflits internes. Le principe énoncé par le T.P.I.Y., en statuant définitivement sur une question générale de D.I.P., a contribué à définir l'ampleur et l'exactitude des incriminations et a, par conséquent, contribué à faire respecter le droit de l'accusé à connaître la nature et la cause de l'accusation porté contre lui³⁰¹. En particulier, la Chambre d'appel a motivé l'extension de l'art. 3 commun des Conventions de Genève aux articles du Statut du T.P.I.Y., notamment les articles 3 et 5, établissant que, dans le cas d'espèce, les crimes prévus dans le Statut ne concernaient pas exclusivement les conflits internationaux, mais s'appliquaient également aux guerres civiles, car trois critères pour l'applicabilité étaient remplis, à savoir : il s'agissait de la violation d'une règle du droit international humanitaire; la règle violée relevait aussi bien du droit conventionnel que du droit coutumier ; enfin, la règle violée présentait une gravité telle qu'elle comportait des dommages importants pour les victimes, dans la mesure où elle enfreignait des valeurs fondamentales extrêmement élevées et considérées l'apanage de la

²⁹⁹ A. CASSESE/D. SCALIA/ V. THALMANN, *Les grands arrêts de droits international pénal*, *op. cit.*, pp. 15-25.

³⁰⁰ A cet égard, cf. Y. DINSTEIN, *War, aggression and self-defence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 8.

³⁰¹ Le droit international humanitaire des années 1990 a fait que certains crimes, auparavant reconnus seulement dans le cadre des conflits armés internationaux, étaient désormais contestés et punis également s'ils étaient commis dans le cadre de conflits armés non internationaux.

communauté internationale toute entière³⁰². Sur la base des arguments mentionnés, la Chambre d'appel a donc établi la compétence du T.P.I.Y. en matière de conflits internes, en considération aussi de l'opinion exprimée par le Conseil de Sécurité au moment de la création du Tribunal et de l'évolution du droit coutumier. De cette façon elle a donc rejeté l'argument de la défense fondé sur l'incompétence du Tribunal en cas de conflits internes et, en excluant toute violation du principe de légalité, elle a interprété la portée exacte de l'art. 3 du Statut du T.P.I.Y.. Par cette décision le Tribunal a donc constaté l'existence de normes de droit coutumier dans certaines matières, en les faisant transiter dans le procès pénal international³⁰³.

1. Coutume et jurisprudence: un canon inverse

La coutume internationale a favorisé la production jurisprudentielle et à son tour, la jurisprudence des T.P.I. a eu un rôle important dans la cristallisation de principes de droit coutumier destinés à rendre crédible et à renforcer le procès pénal international **(a)**. La jurisprudence des T.P.I. a été une référence incontournable pour les juridictions suivantes car, surtout grâce au procès Tadić, elle a contribué à fixer les standards de conformité au procès équitable propres aux spécificités du procès pénal international. Le mérite des T.P.I. a été d'avoir fixé des règles précises pour une justice pénale internationale encore embryonnaire, contribuant ainsi à construire la sécurité juridique du D.I.P.³⁰⁴ et à rendre plus solides les principes attachés à la défense, dont la violation rend le transgresseur *hostis humani generis*, le posant sur le même plan que celui qui pratique la torture. Grâce à l'action stabilisatrice de la jurisprudence, la coutume est devenue une source du D.I.P. **(b)**.

a. Une action mutuelle

³⁰² Cette dernière circonstance a déterminé la *diuturnitas* et l'*opinio juris ac necessitatis* à l'égard de valeurs fondamentales, car les belligérants se sont de plus en plus convaincus de la nécessité de s'engager à sauvegarder ces valeurs, en respectant des règles qui les protègent dans la conduite des hostilités. Il s'agit notamment de l'observance de certains principes qu'il faut respecter dans la conduite des hostilités (comme le principe de la distinction entre belligérants et population civile, l'interdiction de la perfidie dans le choix de moyens et méthodes dans la conduite des hostilités. La répression pénale sans garanties judiciaires était également interdite en temps de guerre), mais également des règles d'engagement et des règles concernant le respect des droits de l'homme dans la conduite de guerres aussi bien internes qu'internationales, visant à protéger les biens et les populations civiles et toute personne ne participant pas directement aux hostilités. Elles sont connues sous le nom de « Règles de La Haye » ; voir la Résolution n° 2444/1968 de l'Assemblée Générale des Nations Unies et le Protocole Additionnel II aux Conventions de Genève.

³⁰³ Voy. Humanitarian Law Conference, Remarks of Michael J. Matheson, 2 *American University Journal of International Law and Policy* (1987), 419, p. 430-431.

³⁰⁴ F. HARHOFF, « La consécration de la notion de *jus cogens* dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux », in P. TAVERNIER (éd.), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruylant, Brussels, 2004, pp. 55-70.

Sur le plan de la construction du procès pénal international, l'importance de l'affaire Tadić a été d'avoir enfin produit, comme le procès de Nuremberg, un droit coutumier. Mais nous pouvons également retenir que le droit coutumier a permis la formation de la jurisprudence. Il s'est agi d'une interaction mutuelle qui a produit des résultats parfois contradictoires. Autrement dit, si, d'une part, l'entrée formelle de la coutume internationale dans le domaine de la justice pénale internationale a tout d'abord suscité de vives critiques portant sur la violation de toute une série de garanties qui seraient négligés par l'absence, propre au droit coutumier, de certaines caractéristiques indispensables en matière pénale, à savoir la prévisibilité, la clarté et l'accessibilité du droit³⁰⁵ ; d'autre part, l'arrêt Tadić a établi l'incontestabilité, pour l'avenir, du droit coutumier comme source en matière de justice pénale internationale, en tant que source des incriminations. Il s'agit d'une incontestabilité liée à l'action clarificatrice et stabilisatrice de l'arrêt en matière d'incriminations, avec des conséquences sur les garanties attachées à l'accusé. Dans cette perspective, il faut reconnaître comment l'arrêt a contribué à l'évolution du D.I.P. sur le plan de la compatibilité du droit coutumier avec le principe de légalité. En effet, en décrétant la coutume une source du D.I.P., l'arrêt, donc la jurisprudence, consacre le droit coutumier comme un droit dont dérive une forme de responsabilité pénale individuelle pour certains crimes. Il s'agit d'une forme de responsabilité qui confirme l'intention des Etats de punir à titre individuel des actes non prévus uniquement par les conventions internationales³⁰⁶.

De plus, l'entrée formelle de la coutume dans le procès pénal international a démontré la volonté des Etats, fondée sur la pratique, de criminaliser certaines infractions dans la conduite des hostilités au-delà des limites liées au contexte géographique, qu'il soit interne ou international. Dans ce sens, nous pouvons affirmer que la jurisprudence a contribué à la transposition des règles du droit conventionnel dans la coutume internationale, sur la base de l'appartenance de certaines règles au patrimoine de valeurs partagées par la communauté internationale³⁰⁷. Toute une série de principes généraux se reflète dans des règles que la Cour internationale de Justice, dans l'affaire *Nicaragua*³⁰⁸, a définies obligatoires et « *élémentaires d'Humanité* », faisant partie du droit international humanitaire et applicables à tous les conflits, indépendamment de leur caractère

³⁰⁵ Cf. la jurisprudence internationale sur les droits de l'homme qui s'est développée en la matière, C.E.D.H., *Sunday Times v. Royaume-Uni*, requête 6 538/74, 26 avril 1976.

³⁰⁶ A. CASSESE/D. SCALIA/V. THALMANN, *op. cit.*, p. 15 ss.

³⁰⁷ En matière de coutume internationale, voy. la définition donnée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Plateau continental, *Affaires du Plateau Continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne v. Danemark ; République Fédérale d'Allemagne c Pays-Bas)*, Arrêt, C.I.J. Recueil (1969) 4, p. 43 et 44, par. 76 et 77.

³⁰⁸ Voy. Y. DINSTEIN, *op. cit.*, pp. 6, 67.

international ou interne. Parmi ces principes figure aussi l'interdiction de la répression en l'absence de garanties judiciaires³⁰⁹.

b. La coutume comme source du D.I.P.

La coutume a donc joué un rôle fondamental pour une production jurisprudentielle essentielle dans l'architecture de la justice pénale internationale. Mais, en même temps, les premiers arrêts des tribunaux pénaux internationaux démontrent également l'apport incontournable de la jurisprudence à la formulation de principes du droit coutumier. En particulier, l'importance historique de l'arrêt Tadić, et plus en général, de la jurisprudence pénale internationale, réside dans le fait qu'elle a clarifié ce qui auparavant n'était pas certain, à savoir que la coutume internationale compte parmi les sources du D.I.P., avec toutes les conséquences inhérentes à la reconnaissance de normes du droit international humanitaire relatives aux conflits internes et à l'individuation d'une responsabilité pénale individuelle pour toute violation grave de celles-ci³¹⁰. Dans cette logique, on peut en arguer qu'elle n'a pas simplement transposé la coutume internationale dans le cadre du procès pénal international mais, en affirmant que ces violations graves du droit international humanitaire sont des crimes de guerre même dans le contexte de conflits internes, elle a fait de la coutume internationale une source d'incrimination.

Selon la forge jurisprudentielle, donc, une coutume déjà existante a d'abord transité dans la jurisprudence qui, à son tour, a « produit » un droit coutumier, dans la mesure où la jurisprudence des T.P.I. a contribué à l'affirmation de principes nouveaux du droit coutumier non réglés par les conventions internationales³¹¹. De la consécration jurisprudentielle du droit conventionnel au droit coutumier on est donc passé à la consécration jurisprudentielle du droit coutumier non conventionnel. En d'autres mots, d'une dimension conventionnelle originaire, celle circonscrite à certaines conventions – voir les Conventions de Genève -, on est arrivé à une dimension coutumière consacrée par le truchement de la jurisprudence internationale, pour revenir à une dimension conventionnelle à vocation universel définitive et plus récente, celle de l'Accord de Rome. Il est inutile de remarquer que les garanties procédurales s'inscrivent dans les fluctuations dyachroniques

³⁰⁹ Conformément aux dispositions des Conventions de Genève et des Protocoles Additionnels.

³¹⁰ B. Simma/A. Paulus, «Le rôle relatif des différentes sources du droit international pénal (dont les principes généraux de droit) », in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *Droit international pénal*, Editions Pedone, Paris, 2000, p. 55-69.

³¹¹ A. CASSESE/D. SCALIA/V. THALMANN, *op. cit.*; dans la même perspective, voy. également P. GAETA, «The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court Versus Customary International Law», 10 *European Journal of International Law* (1999), p. 172.

des sources évoquées, qui ont permis l'évolution du D.I.P. et ont graduellement produit un système original de principes et de droits protégeant l'accusé au cours du procès pénal international³¹².

B. Les sources des droits de la défense propres à la Cour

Les sources du D.I.P. ne coïncident pas avec les sources de la Cour, dont le Statut en est la principale (1). La *ratio* du Statut, en tant que document conventionnel, ne permet pas aux juges de s'abandonner à l'interprétation du droit international général dans la mesure où seul le traité constitutif a le rôle de définir antérieurement et précisément les contours du droit applicable. Au-delà des sources contenues dans l'art. 21, il est intéressant d'analyser dans quelle mesure des normes impératives peuvent avoir accès au système de garanties auquel la Cour fait référence (2).

1. L'ordre hiérarchique de l'article 21

La spécificité du droit applicable par la C.P.I. indique que les sources internes sont privilégiées par rapport aux autres (a). La seule source extérieure qui est antérieure à l'application et à l'interprétation du droit est représentée par les standards sur les droits de l'homme internationalement reconnus (b).

a. La primauté des sources internes

i. Le Statut en tant que source privilégiée

L'art. 21 du Statut prévoit un éventail normatif de sources suivant une hiérarchie qui adhère seulement en partie à la hiérarchie que le droit international donne à ses sources, car elle s'adapte au caractère et aux exigences spécifiques de cette juridiction³¹³. Les juges, ainsi, comme toute partie au procès, rencontrera des limites au moment de l'application du droit. Les Tribunaux *ad hoc*, n'avaient par prévu d'ordre hiérarchique, alors que l'article 21 du Statut pose au sommet de la hiérarchie des sources le Statut, suivi en ordre décroissant par les Eléments des crimes et enfin, par le Règlement de procédure et de preuve, un document technique focalisé sur les garanties procédurales³¹⁴. Comme il est évident, l'art. 21 emphatise beaucoup l'importance des sources internes de la Cour et, bien qu'il n'y ait pas de prévision littérale explicite, dans l'échelle

³¹² A. HUET/R. KOERING-JOULIN, *op. cit.*, pp. 6-21.

³¹³ Selon l'article 38 du Statut de la Cour International de Justice, les sources du droits international sont : le droit conventionnel , le droit coutumier et les principes généraux de droit. Quant aux sources indirectes, elles sont la doctrine et la jurisprudence ; sur le point voy. A. CASSESE/D. SCALIA/V. THALMANN, *op. cit.*, p.5 s.

³¹⁴ C.P.I. art. 1(1)(a).

décroissante figurent les autres documents officiels de la Cour, à savoir : le Règlement de la Cour, le Règlement du Greffe et le Code de conduite professionnelle³¹⁵. Il s'agit de sources incontournables pour le déroulement régulier du procès, dont la rigueur normative vise principalement à garantir le respect du procès équitable. Malgré la structure hiérarchique, toutes les sources indiquées restent fondamentales pour la protection des droits de l'accusé, de même pour le document qui est au bas de l'échelle et qui peut sembler avoir une importance minimale, le Code de conduite professionnel, dont on parlera par la suite.

Toujours selon un ordre décroissant, l'alinéa b) de l'art. 21 se poursuit en indiquant des sources telles que « ... *les traités applicables et les principes et règles du droit international, y compris les principes établis du droit international des conflits armés* ». Uniquement «à défaut», c'est-à-dire de façon résiduelle, l'alinéa c) place, parmi les autres sources, les principes généraux du droit provenant des lois nationales qui appartiennent aux différents systèmes juridiques internationaux et les lois des Etats qui seraient compétents pour le crime concerné, si le cas le demande, mais surtout s'il n'y pas d'incompatibilité avec le Statut, avec le droit international et avec toute règle et norme reconnue au niveau international. La prévision des sources extérieures au système interne de la Cour est toujours conditionnée par une formule plutôt diffusée au niveau des réglementations procédurales, il s'agit de la formule indiquée par l'expression « *selon qu'il convient* », présente aux alinéas b) et c) du paragraphe 1 de l'article 21. On peut retenir que, plus qu'une limite, la formule est plutôt un guide et un critère interprétatif général dans l'application des sources extérieures³¹⁶.

ii. L'importance secondaire de la jurisprudence

Dans l'analyse des sources de la Cour, il faut souligner une dérive importante par rapport à l'orientation doctrinale commune qui voit dans la jurisprudence le procès évolutif du D.I.P.. En effet, la hiérarchie indiquée dans l'art. 21 démontre que la jurisprudence des autres juridictions pénales internationales, qui ne figure parmi les sources, représente pour la Cour une référence normative simplement secondaire et accessoire. Le paragraphe 2) de l'art. 21 exprime donc une fracture par rapport au modèle anglo-saxon fondé sur le *stare decisis*. Il faut encore ajouter que, même si la référence à la jurisprudence provenant d'autres juridictions n'est pas indiquée, elle n'est pas complètement exclue. En outre, les précédents jurisprudentiels de la Cour sur l'interprétation du droit applicable ne représentent pas une source à laquelle les juges de la Cour doivent

³¹⁵ R. RIVELLO, « Les principes généraux de droit et le droit international pénal », in M. CHIAVARIO, *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Dalloz-Giuffrè Editore, Milano, 2003, pp. 91-93.

³¹⁶ Dans la version française « *selon qu'il convient* » et dans la version anglaise « *as appropriate* ».

obligatoirement se conformer dans l'exercice de leur mandat, étant une faculté que la Cour « peut » tout simplement exercer. Le paragraphe 2 de l'article 21 récite : « *La Cour peut appliquer les principes et règles de droit tels qu'elles les a interprétés dans ses décisions antérieures* ». L'emploi du verbe « pouvoir » exclut donc tout caractère obligatoire de cette source de droit³¹⁷. Ladite normative implique la possibilité d'une prise de distance de la limitation représentée par les précédents jurisprudentiels, ce qui révèle la flexibilité de l'article en faveur de toute possible interprétation extensive *in favor rei*, dans la mesure où les orientations jurisprudentielles sur les différentes questions ne sont pas destinés à rester cristallisées.

b. Une interprétation extensive des garanties à la lumière des droits de l'homme internationalement reconnus

Dans la logique d'une protection majeure des droits de l'accusé, on peut lire le paragraphe 2) en combinaison avec le paragraphe 3) de l'article 21, qui subordonne toute application et interprétation du droit de la part de la Cour à sa compatibilité avec « *les droits de l'homme internationalement reconnus* ». Il s'agit d'une disposition qui introduit une source de garantie extérieure³¹⁸. D'ailleurs, les instruments internationaux sur les droits de l'homme représentent une source des droits de la défense à laquelle le procès pénal international doit se conformer. La formulation de l'article souligne que la source externe est considérée plus importante que l'orientation jurisprudentielle de la Cour et *a fortiori*, des autres juridictions pénales internationales que l'article 21 ne contemple pas du tout. Le paragraphe 3) de l'article 21 impose également que l'application et l'interprétation du droit soient « *exemptes de toute discrimination fondée sur des considérations telles que l'appartenance à l'un ou l'autre sexe ..., 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* ». Il faut noter que c'est une différence avec les Tribunaux *ad hoc*, en ce qui concerne l'absence d'une référence aux sources externes, puisqu'il est prescrit que, dans l'application du droit, les juges doivent se tenir aux droits de l'homme internationalement reconnus. Quant aux droits de la défense, la Cour doit donc se tenir aux P.I.D.C.P. et aux autres sources universelles et régionales de protection des droits de l'homme, comme il a été mis en exergue par la jurisprudence pénale internationale³¹⁹.

³¹⁷ C.P.I., art. 21(2).

³¹⁸ A. CASSESE, "L'influence de la CEDH sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux", in A. CASSESE/M. DELMAS-MARTY, *Crimes internationaux et juridictions internationales*, *op. cit.*, pp. 143-182 ; W.-A. SCHABAS, « Droit pénal international et droit international des droits de l'homme : faux frères » ?, in M. HENZELIN/R. ROTH (éd.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ, Paris, 2002, pp. 171-181.

³¹⁹ Déjà le T.P.I.Y. s'était prononcé pour la conformité à la C.E.D.H., en particulier en matière de jugement en l'absence

Le Statut de Rome suit l'orientation de la Cour Internationale de Justice qui indique que les organisations internationales doivent respecter les principes généraux du droit international coutumier³²⁰. En effet, dans le cadre du procès pénal international, les droits de l'homme sont appliqués par les différentes instances internationales en tant que principes généraux de droit, mais également en tant que normes de droit coutumier, d'autant plus que la Cour n'est pas obligée de respecter les traités internationaux dont elle ne fait pas partie, sauf renvoi contenu dans le Statut. Or, le fait que le renvoi au droit coutumier n'est pas de tout exclu parmi les sources de la C.P.I. est démontré par le fait que la coutume peut être utilisée *praeter legem*, à savoir comme source utile pour interpréter des normes déjà existantes qui sanctionnent toute une série de conduites. En revanche, elle ne peut pas être utilisée *contra legem*, à savoir pour créer *ex novo* des normes visant à introduire par écrit des crimes qui ne sont pas prévus par la loi. La limite au recours interprétatif de la coutume de la part des juges est donnée encore une fois par la compatibilité de l'interprétation aux droits de l'homme internationalement reconnus.

De la dictée de la disposition normative mentionnée il est possible de noter l'ampleur de la protection de toute possible cause discriminatoire³²¹. L'accusé est un destinataire de la protection contre toute forme de discrimination en vertu du principe général établissant la loi est égale pour tous et que chaque accusé, indépendamment de ses conditions subjectives, doit pouvoir jouir dans les mêmes conditions de toutes les garanties que la loi lui reconnaît. L'ampleur de cette garantie est aussi évidente par la formule de clôture du paragraphe 3 et par la teneur de l'article 21, qui, à la fin de la liste des formes possibles que la discrimination peut assumer, prévoit la formule ouverte suivante « *ou toute autre qualité* », formule qui donc ne pose pas de limites à la protection.

de l'accusé, voy. T.P.I.Y., *Le Procureur v. T. Blaskic*, Ch. App., arrêt, 29 octobre 1997, IT-95-14-AR108Bis, § 59.

³²⁰ *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 Between the WHO and Egypt* Advisory Opinion, ICJ Reports 1980 73, pp. 89-90.

³²¹ Toutefois, le destinataire exact de cette protection n'est pas indiqué clairement et cela peut faire penser que l'interdiction protège toute personne trouvant accès, dans n'importe quelle qualité, dans une procédure en cours devant la Cour ; de même les fonctionnaires et le personnel administratif qui opèrent au sein de la Cour - alors qu'ils travaillent dans le cadre d'une procédure ou d'un procès - peuvent faire l'objet de décisions. Donc, par rapport à toute décision possible, on aura une activité d'interprétation et d'application du droit, conformément à l'art. 21. A cet égard, le R.P.P., en tant que source privilégiée après le Statut, contient la règle 86 en matière de principes généraux dont les Chambres doivent tenir compte dans l'émission d'un ordre ou d'une instruction, voy. C.P.I., règle 86, « *Les Chambres, lorsqu'elles donnent un ordre ou une instruction, et les autres organes de la Cour, lorsqu'ils acquittent des fonctions qui leur sont dévolues par le Statut et le Règlement, tiennent compte des besoins des victimes et des témoins conformément à l'articles 68, en particulier s'il s'agit d'enfants, de personnes âgées, de personnes handicapées et de victimes de violences sexuelles ou sexistes* ». Quant au terme « instruction » figurant dans la règle, nous considérons qu'il indique une décision d'une valeur inférieure qui peut être adressée aussi bien aux parties du procès au sens technique, comme la défense ou l'accusation, qu'au personnel administratif de la Cour. A part cette évaluation d'ordre plus général, parmi les destinataires du paragraphe 3 de l'article 21 la victime est certainement comprise, dont la fragilité et le besoin de protection sont facilement perceptibles même de la part des non-opérateurs du droit.

2. Le *jus cogens* dans le cadre du procès pénal international

Il est intéressant considérer l'importance des normes impérative du droit international public dans le contexte spécifique de la justice pénale internationale afin de vérifier s'il est possible d'envisager des normes impératives protégeant l'accusé au cours du procès pénal international et d'examiner ainsi le système de garanties de la Cour par rapport au *jus cogens*³²². Il s'agit de la catégorie de sources très particulières que les Etats, même les Etats Parties au Statut de Rome, ne peuvent pas déroger ni écarter par voie d'accord en aucune circonstance (a). La question est donc ici de vérifier si, parmi les principes et les normes régissant le procès devant la C.P.I., il existe des règles présentant un caractère impératif (b).

a. Les incriminations

Comme pour le droit coutumier, dans le domaine du droit impératif le discours a concerné principalement le droit matériel³²³. En effet, quant on parle de *jus cogens* par rapport au D.I.P. on fait référence principalement à certains crimes internationaux, dont la portée universelle est en accord avec le caractère universel du *jus cogens*³²⁴. A cet égard, l'œuvre d'élaboration jurisprudentielle sortie de la justice pénale internationale a considérablement contribué à la consécration du *jus cogens*, dans la mesure où cette jurisprudence a certainement permis de clarifier certaines normes appartenant à ce rang si élevé du droit³²⁵. Les T.P.I., dans leur fonction répressive envers les crimes qui menacent la paix et la sécurité n'ont fait que renforcer la présence des normes impératives dans le D.I.P., pour avoir compris dans leurs Statuts des crimes de *jus cogens* tels que le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre³²⁶. De plus, ils ont étendu l'obligatorité de la répression aux individus.

Comme on l'a vérifié en ce qui concerne le rapport entre coutume et jurisprudence, on constate une action mutuelle de contribution du *jus cogens* à l'affirmation de la justice pénale internationale et de la justice pénale internationale à la cristallisation du *jus cogens*. La plus

³²² M.-P. DUPUY, « Normes internationales pénales et droit impératif », in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *op. cit.*, pp. 71-79.

³²³ P.-M. DUPUY, « Normes internationales pénales et droit impératif (*jus cogens*), *op. cit.*, pp. 75-80.

³²⁴ Les normes impérieuses de *jus cogens* ne permettent aucune dérogation ni modification de la part d'autres normes, à moins qu'il ne s'agit de normes nouvelles du droit international général ayant le même caractère impérieux », voy. l'art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1960), qui considère nul tout traité en conflit « avec une norme impérative du droit international général » préexistante ou survenue au traité, comme il est également indiqué dans l'art. 64 de la Convention.

³²⁵ F. HARHOFF, « La consécration de la notion de *jus cogens* dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux », *op. cit.*, pp. 55-70.

³²⁶ H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *op. cit.*

importante contribution offerte par les juridictions pénales internationales est d'avoir étendu aux individus l'obligation que l'art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités imposait aux Etats, à savoir aux sujets de droit international qui sont en mesure de se lier par des accords internationaux³²⁷. En effet, la qualification d'un crime comme relevant du *jus cogens* impose l'obligation *erga omnes*, en tant qu'obligation universelle impérative, de ne pas accorder l'impunité et donc de juger³²⁸, quand il s'agit de crimes qui, par leur gravité, demandent impérativement une réaction de la part des Etats ; ceux-ci s'activent pour protéger certaines valeurs communes que ces crimes mettent en péril³²⁹.

Dans cette perspective, il faut néanmoins différencier entre les deux notions de *jus cogens* et d'obligation *erga omnes*. En effet, comme l'explique clairement une certaine doctrine, la première notion est d'ordre substantiel, indiquant des normes impératives, alors que la deuxième notion est de nature procédurale, dans la mesure où elle indique l'admissibilité de la conduite transgressive devant une juridiction compétente pour toute violation de normes impérieuses, impliquant donc l'intérêt de tous les Etats à faire respecter ces normes, à faire sanctionner la violation et à saisir la juridiction compétente. La norme de *jus cogens* a donc un effet *erga omnes*³³⁰. L'interdiction du génocide, de l'esclavage, de la piraterie, la protection des civils pendant les conflits armés, et l'interdiction de la torture et des peines inhumaines et dégradantes appartient au *jus cogens*, mais la répression au niveau international desdits crimes implique des aspects liés à l'individuation des crimes, étant donné l'absence d'une liste exhaustive et de normes explicites permettant de qualifier avec précision tous les crimes de *jus cogens*, d'autant plus que l'orientation doctrinale ou jurisprudentielle diverge de la pratique des Etats³³¹. Les conséquences sur l'accusé peuvent donc

³²⁷ Il y a également d'autres sujets de droit international, qui, comme le Saint-Siège, sont assimilables juridiquement aux entités étatiques, par le fait d'exercer effectivement un pouvoir législatif et exécutif sur un territoire et un peuple.

³²⁸ Sur l'application de la règle *aut dedere aut judicare* en relation à l'inculpation de torture, voy. la décision, en 1999, de la décision de la Chambre des Lords dans l'affaire Pinochet, *Regina c. Ex Parte Pinochet*, en ligne <http://www.parliament.the-statione...199899/ldjudgmt/jd990324/pino1.htm..>

³²⁹ Voy. l'art. 53 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités, « *Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. 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* ».

³³⁰ Sur le point, voy. F. HARHOFF, « La consécration de la notion de *jus cogens* dans la jurisprudence des Tribunaux Pénaux Internationaux », *op. cit.*, p. 69 ; P. PICONE, *Comunità internazionale e obblighi « erga omnes »*, Jovene Editore, Napoli, 2006, pp. 379-395.

³³¹ Outre à l'obligation de juger ou extradier, il y a la non-applicabilité des causes d'exonération telles que les immunités et la compétence universelle, voy. M.-C. BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 72 et s., où l'auteur fait l'exemple de la décision de la C.I.J. sur l'affaire Nicaragua, Activités Militaires et Para-militaires au et Contre le Nicaragua (*Nicaragua c. EU*), 1986 CIJ, 14 (27 juin), C.I.J. Rec. 1986, p. 113. § 218. Voy également l'avis consultative de la C.I.J. relative à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, introduisant des principes cardinaux « intransgressibles » du droit humanitaire, C.I.J. Rec. 1996, avis du 8 juillet 1996, § 78. Pour une critique sur la violation de l'impérativité du *jus cogens* voy. M.-J. GLENNON, « De l'absurdité du droit impératif (*jus cogens*) », *R.D.I.P.*(2006), Pedone, Paris.

concerner *in primis* le principe de sécurité juridique du droit, aussi bien en ce qui concerne la légalité de la loi que de la peine, le principe de légalité étant une norme de *jus cogens*³³².

b. Des garanties procédurales à caractère impératif

Une fois établie l'existence d'incriminations qui relèvent du *jus cogens* et l'existence d'une obligation de poursuivre, il va de soi que la répression internationale implique l'application de garanties judiciaires au cours des enquêtes et des poursuites. Dans le cadre donc des garanties procédurales, la question qu'on se pose est de savoir si des règles impératives concernant la conduite du procès, et qui appartiennent aux principaux systèmes juridiques, figurent parmi les normes de D.I.P.. Il est inutile de souligner que l'équité du procès découle d'une réglementation détaillée des règles procédurales dans toutes les phases de la procédure. Même s'il semble audacieux de parler d'une impérativité générale des normes relatives aux droits de l'accusé, Cassese considère comme élevés au rang de *jus cogens* les standards indiqués par les droits conventionnel et coutumier en la matière³³³.

La même orientation doctrinale a été adoptée par la jurisprudence du T.P.I.Y. en matière de procès équitable et de droits de la défense³³⁴. Toutefois, même s'il s'agit d'une doctrine très influente, il faut toujours considérer que certaines garanties judiciaires nécessaires pour garantir l'équité de la procédure peuvent, à certaines conditions, subir des dérogations, comme elles sont prévues dans les principaux instruments internationaux conventionnels, les mêmes instruments qui, en général, consacraient lesdits standards comme normes impératives³³⁵. On peut donner l'exemple du droit à un procès public, qui peut être comprimé par d'autres exigences liées à l'intérêt de la justice, selon l'appréciation que le juge pourra en faire en se basant sur un balancement d'intérêts opposés. Dans l'exemple fourni, les deux intérêts opposés sont : le droit de l'accusé à la publicité de la procédure et l'intérêt de la justice à garantir un déroulement tranquille de la

³³² L'art. 15 de la C.E.D.H. exclut toute dérogation au principe de légalité et à l'interdiction de la torture. Sur la configuration de l'interdiction de la torture, en tant que norme impérative de *jus cogens*, et en même temps sur la désignation des crimes internationaux les plus graves, en tant que crimes fondés sur le *jus cogens*, voy. l'arrêt de la Chambre de première instance du T.P.I.Y. dans l'affaire *Le Procureur v. Anto Furundzija*, arrêt du 10 décembre 1998, IT-95-17/1-T, § 151 ; une approche doctrinale fait référence exclusivement au principe de légalité des peines, voy. F. HARHOFF, « La consécration de la notion de *jus cogens* dans la jurisprudence des Tribunaux Pénaux Internationaux », *op. cit.*, p. 70.

³³³ A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 384 ; pour la thèse portant vers la nature coutumière des garanties procédurales liées au process equitable, voy. G. BOAS, *The Milosevic Trial : Lessons for the Conduct of Complex International Criminal Proceedings*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 16 et s.

³³⁴ Voy. I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Tadić*, Appeal Judgment on Allegation of Contempt against Prior Counsel, Milan Vujin, 23 February 2001, IT-94-1-A-AR77.

³³⁵ Voy. les articles 6 et 15 de la C.E.D.H., les articles 4 et 14 du P.I.D.C.P., les articles 8 et 27 de la C.A.D.H.

procédure³³⁶. Le respect de la dignité de la personne, même de l'accusé, est assuré par le droit des droits de l'homme, dont le caractère contraignant est hors de doute ; toutefois, F. Soudre nie tout caractère impératif à cette catégorie de normes³³⁷, ce qui implique la négation de tout caractère impératif des garanties procédurales de l'accusé. La doctrine plus récente se conforme à cette orientation³³⁸.

Les Statuts des deux Tribunaux *ad hoc* appliquent naturellement certains principes et droits protégeant l'accusé, comme le principe *non bis in idem*, la présomption d'innocence, le droit à être jugé rapidement et de manière équitable et enfin, un éventail de droits procéduraux qui reflète les standards internationaux sur les droit de l'homme auxquels les tribunaux doivent se conformer³³⁹. Il s'agit de prescriptions juridiques participant du droit impératif, comme il a été confirmé à plusieurs reprises par la jurisprudence des T.P.I., notamment le T.P.I.Y., qui a souligné l'opposabilité des normes de *jus cogens* aux Etats, aux individus et à tous les sujets de droit international, parmi lesquels figurent les tribunaux internationaux³⁴⁰. Toutefois, le domaine normatif entier des garanties procédurales ne peut participer de ce droit « *éminent* »³⁴¹. Comme en ce qui concerne l'absence d'une liste de normes impératives générales relative aux crimes, il manque également une liste de garanties procédurales attachées à la défense pouvant être classifiées comme normes universelles impératives. A cet égard une doctrine parle de normes fondamentales du droit international connexes au *jus cogens*, plus précisément de « *normes de sécurité juridique* »³⁴². Il reste donc à la jurisprudence de la C.P.I. de développer et de préciser l'ampleur de l'éventail de ces normes.

Dans le cadre du Statut de la C.P.I., le Chapitre III, qui est consacré aux principes généraux du droit pénal, indique, à coté du principe *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*³⁴³, les règles de la non rétroactivité *ratione personae*³⁴⁴ et de la responsabilité pénale individuelle³⁴⁵, qui sont classifiées en tant que principes impératifs de droit pénal international appartenant au *jus*

³³⁶ Voy., C.E.D.H. art. 6(1), C.A.D.H. art. 8(5), P.I.D.C.P. art. 14(1).

³³⁷ F. SUDRE, *Droit international et européen des Droits de l'homme*, 2eme éd., PUF, Paris, 1995, p. 63 et s.

³³⁸ Voy. S.-T. NGA ESSOMBA, *La protection des droits de l'accusé devant la Cour pénale internationale*, L'Harmattan, Paris, 2012, p. 214.

³³⁹ Voy plus en détail : T.P.I.Y. art. 10 et 21 et T.P.I.R. art. 9 et 20.

³⁴⁰ Voy. T.P.I.Y., *Le Procureur v. Anto Furundzija*, Jugement , 10 décembre 1998, IT-95-17/1-T, §§ 144 à 157 ; quant aux critiques sur l'opposabilité des normes de *jus cogens* aux individus, voy. F. HARHOFF, « La consécration de la notion de *jus cogens* dans la jurisprudence des Tribunaux Pénaux Internationaux », *ibid.*

³⁴¹ Définition présente in P.-M. DUPUY, « Normes internationales pénales et droit impératif (*jus cogens*) », in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *Droit International Pénal*, Editions A. Pedone, Paris, 2000, p. 72.

³⁴² Voy. F. HARHOFF, *ibid.*, pp.77-79.

³⁴³ C.P.I., articles 22 et 23.

³⁴⁴ *Ibid.*, art. 24.

³⁴⁵ *Ibid.*, art. 25.

*cogens*³⁴⁶. Le principe de la présomption d'innocence³⁴⁷ et du *non bis in idem*, tout en restant des principes généraux impératifs, ne figurent pas dans le Chapitre III³⁴⁸. On doit également en déduire que le Statut ne considère pas le principe de la non-retroactivité du droit pénal parmi les principes généraux ou que la liste des principes généraux contenu dans le Chapitre III n'est pas exhaustive. De plus, le Statut évite toute référence indiscriminée au *jus cogens*, ce qui fait déduire que la caution réservée aux principes généraux du droit pénal protégeant l'accusé ne permet de s'étendre *a fortiori* à la catégorie des garanties procédurales, tout en soulignant l'importance cruciale que le Statut donne aux droits de l'accusé. Il s'agit des mêmes droits présents dans les principaux instruments juridiques internationaux, voir l'article 14 du P.I.D.C.P., ce qui leur confère au moins un rang coutumier très important, en accord avec le caractère universel du document. D'ailleurs, comme l'affirme la doctrine, toute difficulté que la justice pénale, à cause de sa spécificité, rencontre dans la mise en œuvre des droits de la défense ne peut en aucun cas en altérer la force obligatoire, dans la mesure où cette catégorie de droits légitime le pouvoir de « dire le droit »³⁴⁹.

CONCLUSION CHAPITRE I

Par son Statut, la C.P.I. applique les droits de la défense qui se sont consolidés au cours des décennies dans les instruments juridiques internationaux sur les droits de l'homme. En tant que droits individuels, les droits de la défense se placent sous l'angle du rapport entre l'homme et le pouvoir judiciaire et permettent à l'individu accusé de contrecarrer et limiter la contrainte judiciaire. Ils sont le fruit de l'évolution des droits de l'homme dans les démocraties modernes, qui, par la signature de l'Accord de Rome, ont accepté de s'autolimiter dans leur pouvoir répressif à travers un *corpus* formel de règles et de principes.

En effet, l'Accord de Londres avait permis pour la première fois que la répression sortit des limites nationales pour être confiée à une instance pénale internationale, mais le caractère

³⁴⁶ Dans le chapitre III on retrouve également d'autres principes généraux n'ayant pas le même rang, tels que : l'incompétence à l'égard des personnes de moins de 18 ans (art. 26), le défaut de pertinence de la qualité officielle (art. 27), la responsabilité des chefs militaires et des supérieurs hiérarchiques (art. 28), l'imprescriptibilité des crimes relevant de la compétence de la Cour (art. 29), l'élément psychologique (art. 30), les motifs d'exonération de la responsabilité pénale (art. 31), l'erreur de fait ou de droit (Art. 32), l'ordre hiérarchique et de l'ordre de la loi (art. 33). En effet, l'imprescriptibilité s'appliquerait aux crimes contre l'humanité mais pas aux crimes de guerre. Sur le point voy. P.-M. DUPUY, « Normes internationales pénales et droit impératif (*jus cogens*), *op. cit.*, pp. 71-80.

³⁴⁷ C.P.I., art. 66.

³⁴⁸ Le principe du *ne bis in idem* est prévu par l'art. 20 du Statut, dans le Chapitre II sur la compétence, la recevabilité et le droit applicable et celui de la présomption d'innocence est contenu dans le Chapitre VI sur le déroulement du procès, plus précisément dans l'art. 66

³⁴⁹ L. SINOPOLI, « Le droit de la défense », in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *Droit international pénal*, Editions A. Pedone, Paris, p. 804.

conventionnel n'avait pas d'ampleur universelle, se limitant aux puissances victorieuses de la Seconde Guerre Mondiale. Il y avait néanmoins *in nuce* un esprit d'universalité dans le dépassement des souverainetés étatiques, qui a fait qu'aussi bien le droit présent dans l'Accord que celui produit par la jurisprudence du Tribunal, furent destinés à dépasser le moment exceptionnel d'une juridiction exceptionnelle. Le « droit de Nuremberg », loin d'être le « droit d'un moment », offrira un ensemble de normes qui ont permis la construction du procès pénal international. Ensuite, la naissance des Tribunaux *ad hoc* a été l'expression d'une tentative plus moderne de poursuivre la tradition de Nuremberg, mais avec un caractère d'universalité conféré par l'égide du Conseil de Sécurité des N.U.. Mais le Tribunal de Nuremberg et les deux Tribunaux *ad hoc* n'étaient que des organismes créés suite à des situations exceptionnelles justifiant l'incursion de la machine répressive internationale dans la souveraineté étatique. L'évolution du D.I.P. et l'élaboration jurisprudentielle des juridictions précédentes à la Cour a joué un rôle fondamental dans l'œuvre de codification des garanties procédurales permettant une répression crédible. Document fondateur d'une juridiction chargée de poursuivre les responsables des crimes les plus graves contre le genre humain, le Statut de Rome consacre donc un système général de garanties substantielles et procédurales qui soulignent la spécificité du procès devant la C.P.I.

CHAPITRE II. LES PRINCIPES GÉNÉRAUX DANS LE STATUT DE ROME : UN OUTIL INTERPRÉTATIF DES GARANTIES PROCÉDURALES

Sources du D.I.P., la particularité que Bassiouni attribue aux principes généraux est de ne pas donner de prescriptions juridiques précises à respecter, ayant plutôt la fonction de préciser d'autres normes internationales, telles que les normes coutumières et celles dérivant des obligations internationales. Dans le cadre du procès pénal international, les principes généraux donnent un outil pour interpréter d'autres normes, notamment les normes sur les droits de l'accusé³⁵⁰. En effet, les principes généraux régissant le procès pénal international représentent la carapace de protection de l'accusé, dans la mesure où ils sont un filtre nécessaire pour interpréter et appliquer correctement les droits de l'accusé, qui est le centre d'une orbite gravitationnelle de garanties substantielles et procédurales³⁵¹. Les principes généraux tressent le droit matériel avec le droit procédural, dans la mesure où ils visent à définir des aspects du procès aussi bien substantiels, comme les normes sur la responsabilité pénale, que procéduraux, comme les droits fondamentaux de l'accusé. En revanche, le droit substantiel et le droit procédural ne se limitent pas à produire des principes de justice, puisqu'ils participent à la construction de l'ensemble du système général des garanties judiciaires qui protègent l'individu contre la machine répressive judiciaire³⁵².

Les principes généraux du droit pénal ont transmigré dans le système de la justice pénale internationale de manière différente, surtout en ce qui concerne le système de la C.P.I. procédurale³⁵³. A partir du principe de légalité, les standards de protection de l'accusé ont subi des parcours interprétatifs divers, selon la juridiction qui les appliquait (**Section I**). Seulement dans certains cas, comme le principe *né bis in idem* (**Section II**), le parcours transitionnel du plan national au plan international a montré une certaine uniformité. A travers sa modulation dynamique de la sphère nationale à celle internationale, ledit processus a donc accompagné la construction progressive d'un système juridique propre à la justice pénale internationale, produisant des reflets considérables sur les garanties procédurales cristallisées dans le Statut de Rome.

Section I. Les principes de légalité

³⁵⁰ M.-C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1999, pp. 62-63.

³⁵¹ A. CASSESE, *International criminal law*, *op. cit.*, pp.389-405 ; S. ZAPPALA, *International Criminal Trials and respect for Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 1-194.

³⁵² R. RIVELLO, « Les principes généraux de droit et le droit international pénal », in M. CHIAVARIO, *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Dalloz-Giuffrè Editore, Milano, 2003, pp. 91-93.

³⁵³ *Ibid.*, pp. 93-111.

Dans la confrontation avec le contexte national, la complexité du parcours historique qui a accompagné l'évolution du procès pénal international a produit des conséquences précises sur la structure du procès et sur ses règles. Dans les systèmes juridiques de la *civil law*, les principes généraux ressortent de la partie générale du droit pénal, bien qu'ils produisent des effets sur la procédure. Par contre, dans les systèmes de la *common law* ces principes font partie aussi bien du droit pénal général que de la procédure. La caractéristique mixte de la procédure de la C.P.I. se reflète ainsi sur la façon d'aborder les principes généraux, qui couvrent donc aussi bien la partie générale substantielle que la partie procédurale³⁵⁴. Dans cette perspective, la normative du Statut de Rome en matière de légalité (§ 1) et de non rétroactivité (§ 2) est révélatrice de l'effort de rendre ladite évolution cohérente avec les standards sur les droits de l'accusé au sein de la spécificité du procès pénal international³⁵⁵.

§ 1. De la légalité

Selon l'adage *nullum crimen nulla pœna sine lege*, aussi bien les crimes que les sanctions doivent être connus avant la perpétration du crime³⁵⁶. La conduite ou l'omission doivent donc être considérées criminelles par la loi. Dans le Statut de Rome, le principe de légalité présente une répartition classique, qui est le résultat du long processus d'assimilation et de consolidation du principe dans le D.I.P., bien qu'à la légalité de la loi (A) soit réservée plus de précision par rapport à la légalité de la peine. La légalité de la peine, tout en restant un principe, concerne plus directement les aspects procéduraux du procès, où le droit de l'accusé à se présenter libre ou le droit du condamné à une peine juste et humaine entraînent des effets concrets que la machine répressive produit contre l'accusé. Or, la grille des peines offertes par le Statut est précise en ce qui concerne l'énumération, alors que les critères de détermination du type et de la mesure de la sanction restent incertains (B).

A. L'art. 22 du Statut : la légalité de la loi

³⁵⁴ M.-C. BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 259-260.

³⁵⁵ P. SALAND, "International Criminal Law Principles", in R.-S. LEE (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: issues, negotiations and results*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1999, pp. 94-195.

³⁵⁶ Voy. K. GALLANT, *op. cit.* pp. 20-31 ; A. CASSESE, *International criminal law, op. cit.*, pp. 139-158 ; S. LAMB, *Nullum crimen, nulla pœna sine lege* in international criminal law, in A. CASSESE/P. GAETA/J.-R.-W.-D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court : a Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 733-766 ; J.-R.-W.-D. JONES/S. POWLES, *International Criminal Practice*, Third Edition, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 400-407 ; W. SCHABAS, « Perverse Effects of the Nulla Pœna Principle : National Practice and the Ad Hoc Tribunals », *E.J.I.L* (2000), vol. 11, p. 521 ss. ; J.-L. CHARRIER, *op. cit.*, pp. 138-141.

Le principe de légalité de la loi souligne la différence entre dimension nationale, où le respect du principe est certainement plus rigoureux, et la dimension internationale, où la nature principalement coutumière des crimes du D.I.P. a rendu son application plus incertaine. Il faut reconnaître au Statut de Rome le mérite d'avoir interrompu le cercle vicieux qui a caractérisé le principe de légalité en matière de crime de droit international, car cet instrument, tout comme les Eléments des crimes, élimine toute incertitude liée à la définition précise des crimes de compétence de la Cour (1). Le Statut de la Cour a également défini et fixé les critères de spécificité de la loi applicable (2).

1. Vers une criminalisation statutaire

En considération de l'importance primordiale de ce principe général en droit pénal et en D.I.P., le principe de légalité introduit le discours sur les garanties de la défense. En effet, il est le premier outil protégeant la personne ayant fait l'objet d'une poursuite et, en tant que tel, il doit être strict et remplir des critères incontournables pour assurer son respect effectif. Parmi les différentes juridictions à caractère international, seule la C.P.I. est compétente pour les crimes commis après son institution, car ils sont déjà prévus et punis dans son Statut avant leur perpétration, alors que toutes les autres juridictions pénales à caractère international ont été créées après la perpétration des crimes. En la comparant avec les T.P.I., l'institution d'une juridiction permanente, compétente pour tout crime commis après son institution, a entraîné une sorte d'action stabilisatrice sur le respect d'un principe qui avait pu être négligé auparavant étant donné le caractère particulier de certaines poursuites et la nécessité de sanctionner certains crimes (a). Dans la perspective d'un perfectionnement du processus de codification du D.I.P., le Statut, qui est la source privilégiée de la Cour, a donc réconcilié le principe de stricte légalité avec le droit international coutumier, qui est la source privilégiée du D.I.P. (b).

a. La violation du principe de stricte légalité en D.I.P.

i. Justification de la dérogation

Puisqu'il concerne la définition des crimes internationaux, le principe de stricte légalité n'a pas d'influence directe sur la procédure. Toutefois, certaines garanties procédurales, comme le droit de l'accusé d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation, dépendent de ce principe. Le droit à l'information est le premier des droits de l'accusé, qui n'est pas limité à la description des faits reprochés, dans la mesure où il comprend également l'exacte configuration juridique de la

conduite. L'infraction doit être définie en termes clairs et précis avant l'ouverture du procès afin d'exclure tout arbitraire possible, en donnant au prévenu la possibilité de connaître avec précision les charges portées contre lui. En effet, seulement une signification de l'infraction en termes juridiquement précis permet à l'accusé d'organiser valablement sa défense. Mais l'histoire de la justice pénale internationale a montré une approche plutôt flexible de ce principe, avec un début caractérisé par des violations évidentes.

Bien que la validité de ce principe remonte à la Grande Charte, il n'a pas reçu la même attention au niveau international que national. La classification des crimes poursuivis et jugés par les juridictions pénales internationales répond à un principe du droit pénal qui est garanti au niveau constitutionnel et qui appartient surtout aux traditions juridiques de droit romano-germanique, alors que dans les systèmes anglo-saxons, en manque de textes écrits, la définition des crimes n'est pas absolue. Le principe impose une définition précise des éléments constitutifs des crimes et des sanctions afin de légitimer le jugement, la compétence de l'organe juridictionnel et son pouvoir d'appliquer la sanction. Tous les instruments internationaux concordent sur la primauté du principe de légalité, qui ne permet aucune dérogation, même lorsque la nation est menacée par un danger d'une gravité exceptionnelle³⁵⁷. Ainsi, la garantie offerte par le principe est totale et protège l'individu contre toute poursuite, condamnation et sanction arbitraire. Toutefois, sa pénétration dans le système complexe du procès pénal international a suivi un itinéraire très tortueux à cause de la nature principalement coutumière des crimes de droit international, dont sa configuration à caractère général a provoqué des contestations et des doutes sur son respect effectif.

Dès le début, la mixité procédurale caractérisant le système de la justice pénale internationale a produit une application non absolue du principe. Devant le T.P.I.Y., la violation du principe de légalité avait été contesté par l'accusé *Tadić*. En l'espèce, il s'agissait de l'article 3 commun des Conventions de Genève et les règles du Protocole additionnel II de 1977 sur les conflits à caractère national, normes faisant désormais partie du droit coutumier. A cet égard, le T.P.I.Y. a affirmé que les violations graves du droit international humanitaire dans le contexte des conflits internes sont des crimes de guerre. La Chambre d'appel a affirmé que certaines règles du droit international conventionnel ont été progressivement absorbées par le droit coutumier et que grâce à l'interaction entre ces deux catégories de droits, certaines règles ont été acceptées universellement. En statuant définitivement sur une question générale de D.I.P., le T.P.I.Y. a donc contribué à préciser la portée des incriminations, permettant au droit coutumier de devenir une source du D.I.P. dont dérive une

³⁵⁷ Voy. P.I.D.C.P., art. 15, C.E.D.H. art. 7, C.A.D.H., art. 9, C.A.D.H.P., art. 7(2).

forme de responsabilité pénale individuelle fondée sur la volonté de la communauté internationale de poursuivre et sanctionner certaines conduites³⁵⁸. Or, l'accessibilité et la prévisibilité de la loi sont des critères essentiels en matière pénal pour que la notion d'infraction soit présente dans l'esprit de son auteur³⁵⁹. Bien que le droit coutumier ne donne pas de prévisibilité, de clarté et d'accessibilité à la loi de la part de l'individu, l'arrêt *Tadić* a contribué à rendre compatibles le droit coutumier et le principe de légalité.

ii. La doctrine de la justice substantielle

Mais, la violation du principe de légalité avait été déjà contestée auparavant, voir les exceptions de la défense au procès contre Eichmann, selon lesquelles la Loi israélienne du 1950 contre les nazis et leur collaborateurs constituait une législation *ex post facto*³⁶⁰ ou les questions préjudicielles au cours procès de Nuremberg³⁶¹. On peut dire que le début du processus de réception du principe de stricte légalité dans le cadre de la justice pénale internationale remonte aux procès de Nuremberg, malgré l'absence du principe dans leurs Statuts. Le problème de l'absence au niveau international d'un régime préexistant de criminalisation de certaines conduites avait été soulevé par la défense au début du procès, puisque les crimes contestés n'étaient pas punis au niveau international au moment de leur commission, en manque d'un *corpus* de normes du D.I.P.. En effet, dans le cas de conduites particulièrement affreuses, la criminalisation successive a commencé à se justifier par l'argument de l'existence de certains crimes en droit coutumier ou par l'application de la doctrine de la justice substantielle, visant à protéger, comme critère prioritaire, la société contre toute menace criminelle d'une gravité particulière. Il s'agit d'une doctrine qui va en opposition avec

³⁵⁸ Suite à l'affaire *Tadić*, les contestations de la défense concernant les incriminations pour certains crimes internationaux seront traitées sur la base des mêmes arguments, voy. : T.P.I.Y., *Le Procureur v. Tadić*, Chambre d'appel, Arrêt 15 juillet 1999, IT-94-1, §§. 204-225 ; *Le Procureur v. Erdemović*, Chambre d'appel, Arrêt 7 octobre 1997, IT-96-22 ; *Le Procureur v. Kunarac*, Chambre de première instance, Jugement, 22 février 2001, IT-96-23 & 23/1, § 539.

³⁵⁹ D'ailleurs, l'accessibilité dépend de plusieurs circonstances subjectives liées aux compétences juridiques de chacun. Dans cette perspective, un degré différent de compétence peut entraîner la violation de l'égalité de tous devant la loi. La langue de rédaction du texte législatif peut également causer une disparité du fait des différentes compétences linguistiques de chacun. A cet égard, le Statut de Rome manque de traduction officielle dans toutes les langues parlées dans les différents Etats signataires. De plus, dans certains pays – comme les Etats africains – plusieurs traditions linguistiques sont respectées. De l'autre côté, la prévisibilité de la loi dépend d'une pluralité de facteurs, comme le contexte des faits et la qualité personnelle de l'auteur ; voy. Comm. E.D.H., 4 déc. 1978, req. n° 8141 : DR 16/141.

³⁶⁰ L'argument de la défense fut rejeté également par la Cour Suprême Israélienne sur la base du fait qu'à l'époque la maxime *nullum crimen sine lege* n'avait pas encore acquis le rang de principe et qu'il n'existait encore aucune norme du droit international qui prescrivait ce principe. Par conséquent, il devait être considéré comme un simple principe éthique ou plutôt une simple règle procédurale, alors que les crimes jugés, loin d'être des crimes créés *ex novo* en 1950, relevaient du droit des nations civilisées, « crimes under the laws of all civilised nations », dont le caractère illicite et la gravité ne pouvaient pas échapper à l'accusé au moment de leur perpétration « so there is no punishment under human law sufficiently grave to match the appellant's guilt ». ; voy. *Attorney General v. Eichmann, I.L.R.*, vol. XXXVI (1968), at 22-23, 341 ; S. LAMB, *op. cit.*, p. 739.

³⁶¹ En ce qui concerne les crimes contre la paix, la défense de Göring avait opposé que le Tribunal ne pouvait pas appliquer *ex post facto* une loi qui n'était pas prévue au moment de la conduite.

le principe de stricte légalité, dans la mesure où elle permet de poursuivre, sur la base de leur dangerosité sociale exceptionnelle, des conduites qui ne sont pas encore criminalisées au moment de leur perpétration, mais qui sont néanmoins perçues comme une menace pour tous. En manque d'accord conventionnel parmi les Etats en matière de criminalisation de certaines conduites, une justice substantielle a donc dominé pendant longtemps la scène internationale en matière de répression. Les responsables des plus graves violations des droits de l'homme devaient être poursuivis principalement sur la base d'un droit coutumier non codifié³⁶², avec la conviction que certaines conduites non criminalisées par le droit international au moment de leur perpétration devaient être sanctionnées en tant que violations qui frappent la conscience collective.

Graduellement, grâce à de nombreux instruments internationaux qui ont introduit le principe - *in primis* la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme³⁶³ - ou qui ont criminalisé certaines conduites - comme la Convention contre le génocide³⁶⁴ -, le *favor societatis* a fait place au *favor rei*, et aussi bien la criminalisation des conduites que la définition des crimes se sont progressivement cristallisés dans un ensemble de textes normatifs. Le but ultime du principe de légalité était de protéger le domaine de la répression pénale contre toute ingérence politique, toujours susceptible de transformer le pouvoir répressif en un moyen d'oppression contre l'individu. A partir de 1946, le principe fut pris en considération pour la création de la C.P.I., tout au long du processus de codification. Il est évident que la doctrine de la justice substantielle, qui avait accompagné la naissance de la justice pénale internationale dès la Seconde Guerre Mondiale et qui se fondait sur des exigences de sécurité collective, était devenue inconciliable avec le droit de l'accusé à la sécurité juridique³⁶⁵.

³⁶² A. CASSESE, *International criminal law, op. cit.*, pp. 142-143.

³⁶³ D.U.D.H., art. 11 (2), GA Res. 217 A (III), UN Doc. A/810 (1948).

³⁶⁴ Il faut également mentionner les Conventions de Genève (1949), qui contiennent des normes qui, dans une certaine mesure, garantissent le principe de légalité, voy. les articles 99 et 82 de la IIIème Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre : « *Les prisonniers de guerre seront soumis aux lois, règlements et ordres généraux en vigueur dans les forces armées de la Puissance détentrice... aucune poursuite ou sanction contraires aux dispositions du présent chapitre ne seront autorisées. Si des lois, règlements ou ordres généraux de la Puissance détentrice déclarent punissable des actes commis par un prisonnier de guerre alors que ses actes ne le sont pas quand ils sont commis par un membre des forces armées de la Puissance détentrice, ils ne pourront comporter que des sanctions disciplinaires* ». *Le discours couvre également l'art. 86 concernant le ne bis in idem.*

³⁶⁵ Toutefois, si des raisons de justice substantielle sont à l'origine de la justice pénale internationale, la configuration de certaines conduites en tant que crimes de droit international coutumier a accompagné, en parallèle, la transposition du principe de légalité dans la coutume internationale. Ainsi, dans le contexte international, le principe de légalité se limitait à garantir une définition précise plutôt qu'une définition simplement écrite des crimes de droit international coutumier. D'ailleurs, une dérogation importante au principe provient de la notion générique de « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » - voir la réserve du paragraphe 2 de l'article 7 de la C.E.D.H. -, ou de l'expression « par l'ensemble des nations » - voir le paragraphe 2 de l'art. 15 du P.I.D.C.P. -, permettant à une action ou omission de devenir délictueuse postérieurement à la date à laquelle elle a été perpétrée, lorsqu'il s'agit de crimes particulièrement odieux contre le genre humain, comme il a été confirmé par la jurisprudence de la C.E.D.H. ; à cet égard voy. S. Lamb, *op. cit.*, p. 735 ss., J.-L. CHARRIER, *op. cit.*, pp. 141-142.

b. La légalité statutaire

i. Le refus de la justice substantielle

Il faut reconnaître au Statut de Rome le mérite d'avoir concilié l'origine coutumière des crimes poursuivis par la Cour avec le principe de légalité, ce qui témoigne de la volonté des Etats Parties de se doter préalablement d'un *corpus* normatif écrit où l'énumération et la définition des crimes de compétence de la Cour est indiquée de façon claire et précise³⁶⁶. Aux termes de l'art. 5 du Statut, la C.P.I. est donc compétente pour le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et le crime d'agression. La gradualité de la réception de ce principe dans le système de la justice pénale internationale est évidente si l'on compare le Statut de Rome, qui donne une consécration écrite au principe de légalité, avec les Statuts des Tribunaux *ad hoc*, où ne figure aucune énonciation spécifique, même s'il est implicitement prévu. En revanche, l'art. 22 du Statut de Rome est consacré entièrement au principe de légalité, en tant que standard incontournable pour garantir le respect des droits de l'homme dans la cadre du procès³⁶⁷. En effet, le Statut ne permet l'affirmation de la responsabilité pénale d'un individu que si son comportement « *constitue, au moment où il se produit, un crime relevant de la compétence de la Cour* »³⁶⁸. La confrontation entre le Statut de la Cour et ceux des T.P.I. indique donc la transmigration du principe dans le D.I.P. et le passage qui a conduit la justice pénale internationale à refuser toute forme de justice substantielle. La société internationale a pris conscience de la nécessité de criminaliser préalablement, précisément et par écrit, certaines conduites appartenant au droit international coutumier, avec l'effet d'obtenir une uniformité à la lutte contre la criminalité sur le plan international et, en même temps, de punir dans le respect des droits de l'homme. D'ailleurs, la prévision du principe dans l'art. 22 indique ce qui est déjà intrinsèque au document statutaire, puisque la codification des crimes de compétence de la Cour dans le Statut, comme dans les Eléments des crimes, est antérieure aussi bien à leur commission qu'au début de l'activité de la Cour.

³⁶⁶ P. MANZINI, "Le rôle du principe de la légalité dans la détermination des sources du droit international pénal", in *Les sources du droit pénal international*, M. DELMAS-MARTY/E. FRONZA/E. LAMBERT-ABDELGAWAD (dir.), UMR de droit comparé de Paris, SLC, vol. 7, Paris, 2004, p. 261.

³⁶⁷ W.-A. SHABAS, "Perverse Effects of the *Nulla Poena* Principle: National Practice and the *Ad Hoc* Tribunals", 11(3) *E.J.I.L.* (2000), p. 521; M. CATENACCI, "Nullum crimen sine lege", in F. LATTANZI (ed.), *The International Criminal Court: Comments on the Draft Statute*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1998, p. 159 ss.; B. BROOMHALL, "Article 22", in O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Hart Publishing, Oxford, 2008, p. 446 ss.; P. SALAND, "International Criminal Law Principles", in R.-S. LEE (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: issues, negotiations and results*, *op. cit.*, p. 189.

³⁶⁸ C.P.I., art. 22 (1), « *Une personne n'est responsable pénalement en vertu du présent Statut que si son comportement constitue, au moment où il se produit, un crime relevant de la compétence de la Cour* ».

Toutefois, la prévision normative contenue dans le Statut a concerné également les règles procédurales. A cet égard, le travail du Comité préparatoire, de 1996 à 1998, et de la Conférence Diplomatique de Rome, en 1998, ont produit des conséquences aussi bien formelles que substantielles, à savoir : d'une part, l'introduction du principe de légalité dans un article du Statut, accompagné par la définition des crimes, et d'autre part, l'Accord des Etats Parties sur la réglementation précise des normes de procédure de la Cour³⁶⁹. Donc, la légalité couvre également les règles procédurales que l'accusé a tout le droit de connaître avant l'ouverture de la procédure contre lui afin de faire valoir, et de demander ses propres droits. A cet égard, dans son Rapport, le Comité avait souligné l'importance cruciale de définir les crimes de façon précise, claire et spécifique, mais également la nécessité de prévoir de manière détaillée les principes généraux de droit pénal et les règles générales de procédure et de preuve les plus importantes, ce qui a été fait par l'adoption du Règlement de procédure et de preuve. En particulier, les travaux avaient fait émerger qu'en général l'attention s'était concentrée plutôt sur le droit matériel, sans prendre en compte les règles procédurales qui auraient dû s'appliquer au moment de l'interprétation et de l'application de la norme incriminatrice. En effet, la prévision et l'application de règles certaines qui ont indirectement contribué à la formation de la jurisprudence en matière de définition des crimes internationaux est cohérente avec les droits de l'accusé³⁷⁰. En matière de procédure, il faut, en outre, ajouter que si d'une part la C.P.I. se conforme largement au modèle accusatoire propre aux systèmes de la *common law*, l'introduction statutaire du principe de légalité est l'expression du caractère romano-germanique de la procédure de la Cour.

ii. Les normes d'incrimination supplémentaires

De la définition des crimes découle toute question liée à la compétence de la Cour et à l'individuation des destinataires de la norme d'incrimination³⁷¹. La Cour est compétente pour des crimes qui ne sont pas contenus dans l'art. 5. En raison du niveau réduit de gravité, il est plus approprié de parler d'infractions. Comme l'indique l'art. 70, il s'agit d'atteintes à l'administration judiciaire, tel que le faux témoignage ou la subornation de témoins, avec la particularité, surtout devant les T.P.I., d'échapper à la compétence directe de la juridiction et qui par conséquent, ont

³⁶⁹ La même exigence avait été exprimée, en 1995, par la Commission *ad hoc* établie par l'A.G. des N.U., qui demandait non seulement une définition des crimes, mais aussi une définition des principes généraux, des règles de procédure et de preuve et des règles garantissant la défense ; voy. Report of the *ad hoc* Committee on the Establishment of an International Criminal Court, UN GAOR, 50th Sess., Supp. No. 22, A/50/22 (1995), at paras. 52, 57.

³⁷⁰ Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court (Vol. I, Proceedings of the Preparatory Committee), in UN GAOR, 51st Sess., Supp. No. 22A (A/51/22), 1996, at paras. 52, 180, 185, 647-668; sur cet aspect voy. J. Crawford, « Current Development : The ILC Adopts a Statute for an International Criminal Court », *A.J.I.L.* (1995).

³⁷¹ Tout d'abord, les articles 12 et 13 du Statut de la Cour basent sa compétence sur les critères de la territorialité et de la personnalité; voy. K. GALLANT, *op. cit.*, pp. 331-351.

soulevé des perplexités en matière de compétence. En particulier, il est intéressant d'évoquer l'affaire *Hartmann*, en tant que poursuite internationale pour outrage au T.P.I.Y.³⁷². Il s'agit d'un précédent jurisprudentiel important, dans la mesure où le Statut du T.P.I.Y. ne définit pas clairement la compétence du Tribunal en matière d'outrage. Toutefois, en application de la règle 77 (A) (iv), le Tribunal peut et doit veiller à ce que le pouvoir lié à sa fonction judiciaire – un pouvoir qui lui est expressément conféré par le Statut – ne soit pas tenu en échec et que sa fonction judiciaire fondamentale soit sauvegardée. Selon cette interprétation le Tribunal a donc établi son pouvoir inhérent de sanctionner toute conduite susceptible, d'entrever délibérément et sciemment, le cours de la justice, d'y porter préjudice ou d'en abuser.

En ce qui concerne le Statut de la C.P.I., l'art. 70 indique une liste d'atteintes à l'administration de la justice qui, dans le respect du principe de stricte légalité, complète le cadre normatif en ce qui concerne la compétence de la Cour. De plus, la jurisprudence de cette juridiction s'est déjà montrée très active dans ce domaine. Il suffit de mentionner le mandat d'arrêt émis à l'encontre de Walter Barasa, un intermédiaire du Procureur suspecté d'avoir suborné, par l'offre d'argent, un certain nombre de témoins de l'accusation afin qu'ils changent leur récit au cours des investigations menées dans le cadre de la situation au Kenya³⁷³. Il faut mentionner également le mandat d'arrêt du 20 novembre 2013 délivré à l'encontre de Jean-Pierre Bemba Gombo, de son Conseil principal Aimé Kilolo Musamba, de Jean-Jacques Mangenda Kabongo, un membre de l'équipe de la défense, de Fidèle Babala Wandu, un membre du Parlement congolais, et de Narcisse Arido, un témoin de la défense, tous accusés d'atteinte à l'administration de la justice dans le contexte de l'affaire *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*³⁷⁴.

2. La spécificité de la loi et ses corollaires

³⁷² En l'espèce, l'infraction ne tombait pas directement parmi les crimes du T.P.I.Y.. *Florence Hartmann* était la porte parole du Procureur du T.P.I.Y., à savoir l'outrage au Tribunal (Art. 77 (A) (ii) du Règlement de procédure et de preuve) dans le cadre de l'affaire *Le Procureur v. Slobodan Milošević*. Selon le jugement du Tribunal, l'accusée a sciemment et délibérément entravé le cours de la justice, en divulguant des informations confidentielles par le biais de la publication de l'ouvrage *Paix et Châtiment*, paru chez les Editions *Flammarions* le 10 septembre 2007, et de l'article intitulé « *Vital Genocide Documents Concealed* », édité par le *Bosnian Institute*, le 21 janvier 2008. En particulier, en écrivant aussi bien l'ouvrage que l'article, la *Hartmann* a divulgué des informations relatives aux décisions rendues à titre confidentiel par la Chambre d'appel les 20 septembre et 6 avril 2006, en précisant leur teneur, leur effet présumé et leur caractère confidentiel. Selon la décision de condamnation, l'accusée était bien consciente de cette confidentialité.

³⁷³ I.C.C., *The Prosecutor v. Walter Osapiri Barasa*, Pre-Trial Chamber II, Under seal *ex parte*, only available to the Prosecutor and the Registrar, Warrant of arrest Osapiri Barasa, ICC-01/09-01/13, 2 August 2013, §§ 7, 14-18. La poursuite contre Barasa a été engagée sans la consultation préalable des Etats Parties, prévue par la règle 162.

³⁷⁴ C.P.I., La Chambre préliminaire II, *Le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido*, Mandat d'arrêt, 20 novembre 2013, ICC-01/05-01/13. Après l'arrestation, l'audience de première comparution a eu lieu le 27 novembre 2013 devant le juge unique de la Chambre préliminaire II, Cuno Tarfusser.

Le Statut de Rome, s'il est encore inexact de parler d'une forme de codification universellement acceptée, a certainement rendu plus effectif le critère de la spécificité des normes incriminatrices du D.I.P., du moins en ce qui concerne les crimes de compétence de la Cour. Les définitions de ces crimes sont aujourd'hui plus détaillées et spécifiques qu'auparavant - voir l'évolution subie par la notion de crime contre l'humanité à partir du procès de Nuremberg -³⁷⁵. A la spécificité des crimes internationaux ont certainement contribué la coutume, le droit conventionnel, les principes du D.I.P., les principes généraux du droit international et surtout la jurisprudence pénale internationale qui, à son tour, s'est souvent référée aux principes du droit pénal communs aux principaux systèmes juridiques nationaux, où certains paramètres juridiques sont bien consolidés³⁷⁶. A cet égard, dans le cadre des systèmes nationaux, toute généralité de la norme incriminatrice reste imputable au législateur, au moment de sa création, ou au juge, au moment de son interprétation et application inappropriée. Dans le système de la Cour, au-delà de la responsabilité du législateur communautaire, il incombe au juge le respect de la spécificité dans les limites données par l'interdiction de l'analogie et des critères interprétatifs les plus corrects **(a)**, à la condition générale que le travail d'élaboration soit toujours *in favor rei* **(b)**.

a. Analogie et interprétation

i. L'interdiction de l'analogie

La spécificité de la loi est un aspect du principe de légalité qui a été souvent négligé par le droit international coutumier, où l'absence prolongée d'une codification internationale unifiée et d'une juridiction supérieure a toujours rendu fluctuante la physionomie et la *ratio* des crimes internationaux. Le critère de la spécificité de la loi répond à l'exigence qu'une norme pénale ne soit pas générique, mais qu'elle indique de façon spécifique et détaillée le comportement qui est interdit par la loi, puisque cela permet au sujet de choisir si transgresser ou non, conscient que son comportement sera contraire à la loi et donc sanctionné par celle-ci. Le spécificité de la norme et la prévisibilité de l'illicéité - et de la répression de la conduite criminalisée - de la part du transgresseur sont une garantie de toute imputation imprécise et lui permettent la configuration préalable de la loi. Le Statut de la C.P.I., grâce au travail d'élaboration juridique qui a accompagné son *iter* de formation, a contribué largement à la spécificité des normes incriminatrices du D.I.P..

³⁷⁵ Voy. P. CURRAT, *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 32-35.

³⁷⁶ A cet égard, voy. I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Furundžija*, Trial Chamber, 10 December 1998, IT-95-17/1, §177 ; A. Cassese, *International criminal law*, *op. cit.*, pp. 145-147.

Mais la spécificité veut que la norme incriminatrice soit précise et non sujette à analogie. Or, l'interdiction de l'*analogia legis*, qui n'est qu'une dérivée du principe de légalité, protège une personne contre toute poursuite et condamnation pour des conduites qui, loin d'être criminalisées par la loi, le deviennent suite à des prononciations judiciaires arbitraires, du fait d'une élaboration interprétative incorrecte. Il faut reconnaître que le paragraphe 2 de l'article 22 du Statut souligne le caractère strict du principe, dans la mesure où, dans l'application et l'interprétation d'une norme incriminatrice, aucune extension par analogie n'est permise. Toutefois, selon le paragraphe 3, la liste stricte des crimes de compétence de la C.P.I. n'empêche pas toute éventuelle configuration d'autres crimes qui puissent relever du droit international, même s'ils ne seront ni poursuivis ni sanctionnés par la Cour³⁷⁷.

Mais le Statut de Rome, dont la valeur légale est acceptée par les Etats Parties, n'indique pas quelle analogie est interdite, car il y a plusieurs formes d'analogie. Dans la *ratio* de la norme interdictrice on peut envisager l'intention des rédacteurs du Statut d'interdire aux juges de se substituer au « législateur » et d'introduire des crimes nouveaux, ce qui est permis uniquement à l'Assemblée des États Parties³⁷⁸. De plus, alors qu'en général le but de la coutume et des traités peut changer, le but du Statut de la C.P.I. ne change pas et reste lié à la compétence *ratione materiae* de la Cour, comme l'a souligné Broomhall³⁷⁹. Toutefois, l'interdiction de l'analogie n'est pas absolue, puisqu'elle devient parfois nécessaire pour rendre plus exacte la lecture des normes du Statut, pour remplir des lacunes normatives - comme celles concernant les définitions qui manquent d'une indication exhaustive des éléments les composant - ou pour rendre plus certaine une définition qui n'est pas suffisamment claire. Dans ce cas, l'analogie est utilisée pour interpréter, il est donc plus correct de parler d'interprétation, même si la différence entre analogie et interprétation est plutôt fine, comme l'a démontré plusieurs fois la jurisprudence des T.P.I.³⁸⁰.

ii. *L'interprétation extensive*

Dans le cas où une norme demande une interprétation de la part de qui doit l'appliquer, l'interprétation doit rester stricte, dans la mesure où aucune extension de la *ratio* et de la portée de la norme n'est permise. Il est évident qu'une liberté interprétative excessive à l'égard d'une norme

³⁷⁷ C.P.I., art. 22 (3).

³⁷⁸ Les normes du Statut s'imposent aux Etats Parties, pour l'expression du consentement voy. l'art 12 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969). Voy. A. CASSESE, *International Criminal Law*, *op. cit.*, 153-156.

³⁷⁹ B. BROOMHALL, « Article 22 », in O. TRIFFTERER(ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, *op. cit.*, p. 447.

³⁸⁰ I.C.T.Y., *Prosecutor v. Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, ICTY-IT-94-1-AR72, para. 72; I.C.T.R., *The Prosecutor v. Akayesu*, Judgment, Trial Chamber, 2 September 1998, ICTR-94-4-T, paras. 616-617; I.C.T.R., *The Prosecutor v. Rutuganda*, Judgment and Sentence, Trial Chamber, 6 December 1999, ICTR-96-3T, para. 87.

qui criminalise une conduite ne peut qu'enfreindre le droit de l'accusé de connaître précisément le caractère illicite de la conduite reprochée et de la sanction justifiée par l'illicéité, conformément au principe général de légalité. De plus, l'interdiction de l'interprétation extensive protège l'accusé de tout risque d'arbitraire judiciaire dans la configuration, en tant que crime, d'une conduite qui n'est pas interdite par la loi, conformément à l'interdiction de l'analogie. L'interdiction de l'interprétation extensive se place donc entre le plus général principe de stricte légalité et l'interdiction de l'analogie, qui, comme on l'a vu, configure un aspect plus spécifique du principe de légalité. Donc, la procédure d'interprétation ne coïncide pas avec la procédure par analogie.

Toutefois, il y a une procédure interprétative qui se rapproche beaucoup de l'analogie, à savoir l'interprétation *ejusdem generis*, qui est permise alors qu'il faut compléter et spécifier une norme coutumière ou conventionnelle dont la portée est plutôt ample. Un exemple est donné par l'expression « actes inhumains » figurant à l'article 7(1)(k) du Statut de la Cour. Dans ce cas, le recours aux principes généraux de la loi, que l'interdiction de l'analogie n'admet pas, est permis pour donner plus de précision à des normes générales. Il y a cependant une limite à cette procédure, puisqu'il faut procéder de façon logique, tout en préservant la *ratio* de la norme qui sanctionne des conduites contraires aux principes généraux³⁸¹. Dans cette procédure, le droit coutumier peut aider l'interprétation et cela démontre que le droit coutumier n'est pas du tout en désaccord avec le principe de légalité. Toutefois, la coutume peut être utilisée uniquement *praeter legem*, à savoir comme source utile pour interpréter des normes incriminatrices déjà existantes, mais jamais *contra legem*, c'est à dire pour créer des normes nouvelles aptes à criminaliser des conduites qui ne sont pas expressément punies par la loi. La limite au recours interprétatif de la coutume de la part des juges réside toujours dans le respect des droits de l'homme et donc des droits de l'accusé³⁸².

Le travail interprétatif de la Cour ne peut qu'être guidé par la jurisprudence des T.P.I.. Comme on l'a vu, à partir du procès contre Tadić - où la défense contestait que la conduite imputée constituait un crime au temps de sa perpétration³⁸³-, l'interprétation extensive du droit international humanitaire a été permise par la jurisprudence des Tribunaux *ad hoc* puisqu'elle a eu souvent la fonction d'affirmer la naissance de certaines normes du droit coutumier qui s'étaient déjà formées mais qui étaient restées inexprimées, d'autant plus que le droit coutumier n'est pas écrit³⁸⁴. Dans cette logique, il faut donc interpréter la condamnation de Tadić par la Chambre d'appel – il avait été

³⁸¹ En matière d'interprétation, il est intéressant de considérer l'interprétation de la Chambre d'appel du T.P.I.Y., *The Prosecutor v. Aleksovski*, Appeal Chamber, Judgement, 24 March 2000, IT-95-14/1, §127.

³⁸² S. LAMB, *op. cit.*, p. 750.

³⁸³ I.C.T.Y., *Prosecutor v. Tadić*, Defence notice of Appeal, 7 May 1997, ICTY-94-1.

³⁸⁴ Voy. S. LAMB, *op. cit.*, p. 745.

acquitté par le Tribunal - sur la base de la classification du conflit comme interne³⁸⁵. L'interprétation extensive de la jurisprudence des T.P.I. a donc joué un rôle *de lege ferenda*, où un principe de justice substantiel s'est parfois mélangé au principe de légalité, dans la mesure où la décision sur le caractère illicite de la conduite a été guidée par le caractère intrinsèquement offensif de la conduite. Par conséquent, selon le droit international humanitaire, la classification d'une certaine conduite comme criminelle répond d'une part à un principe moral commun à l'humanité, et d'autre part, à une norme positive du droit coutumier, même si elle n'était pas encore codifiée dans un document international.

b. Entre analogie et interprétation, le *favor rei*

Dans le cadre du processus interprétatif concernant les affaires de la C.P.I., il faut associer les règles sur l'interprétation qui découlent du droit pénal avec les règles propres au droit international. En droit pénal, l'interdiction porte surtout sur l'interprétation ou l'analogie *in malam partem*, l'interprétation extensive étant permise, surtout quand elle se révèle favorable à l'accusé. Comme le rappelle Kolb, dans le cadre du D.I.P., l'interprétation prend trois formes différentes :

- stricte (qui impose au juge de ne pas élargir son champ d'interprétation du droit et de s'abstenir d'adopter l'analogie en matière pénale. Toutefois, il s'agit d'une restriction qui n'a de valeur qu'en matière d'infractions pénales et donc de droit matériel – voir l'art. 22 (2) du Statut de Rome -, une interprétation élargie étant toujours possible en droit procédural et surtout en matière de droits de la défense. En outre, tout élargissement interprétatif accompli par le juge en matière d'incrimination n'est pas permis, devant être soumis à la procédure complexe de révision du Statut, conformément au principe de légalité et de la suprématie de la loi sur les décisions des juges) ;
- conforme (où la conformité se réfère aux normes parallèles et accessoires contenues dans les traités et dans le droit coutumier - en tant que sources primaires - ; en cas de doute entre les deux sources, il faut faire prévaloir la coutume) ;
- accessoire (quand il ne pas fait recours uniquement aux sources primaires. Par exemple, pour une formulation juridique, le D.I.P. peut faire référence au D.I.H. et non simplement aux sources primaires)³⁸⁶.

Or, selon l'article 22 (2) du Statut, en tout cas d'ambiguïté sur la définition d'un crime, elle est toujours interprétée *in favor rei*. Il s'agit d'interprétation plutôt que d'analogie, mais le *favor rei*

³⁸⁵ I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Tadić*, Judgment, Appeals Chambers, 15 July 1999, IT-94-1-A.

³⁸⁶ Cf. R. KOLB, *ibid.*

s'applique *a fortiori* en tout cas d'analogie permise. La *ratio* est que le travail d'élaboration d'une norme de la part des opérateurs du droit - principalement les juges - doit constamment tenir compte de l'intérêt de l'accusé consistant à faire respecter ses droits avant l'intérêt de la justice³⁸⁷. La règle générale peut concerner tant l'application d'une norme que l'évaluation des éléments de preuve recueillis, afin de décider sur l'innocence ou la culpabilité de l'accusé, tandis que, en cas d'indécision ou d'égalité des éléments de preuve à disposition, ou en cas d'incertitude finale sur la responsabilité de l'accusé, la règle *in dubio pro reo* doit être appliquée.

B. L'art. 23 : la légalité de la peine

Seule la loi peut prévoir une peine «juste», à savoir une peine strictement et évidemment nécessaire. En ce qui concerne la procédure, le rôle de certains principes généraux, comme celui de la légalité de la peine, n'est pas simplement limité à fournir une aide interprétative à l'opérateur du droit, car il est le substrat pour la réglementation et l'application de la peine. En ce qui concerne la manière de concevoir ce principe général, le Statut de la Cour oscille entre la partie générale, en raison du fait que la question des peines est liée à la question des crimes, et la procédure, car la phase de l'exécution de la peine concerne la procédure. Le principe de la légalité de la peine a donc des conséquences importantes sur la procédure. Cette interaction est confirmée par le lien entre l'art. 23 et le chapitre VII du Statut, dans la mesure où plusieurs aspects de la peine sont abordés dans des parties distinctes de la normative statutaire : dans l'art. 23 consacré au principe de légalité de la peine et dans le chapitre VII consacré aux peines³⁸⁸. Ladite approche serait révélatrice d'un besoin de pragmatisme dans un domaine si concret comme celui de la punition, où il n'y a pas trop d'espace pour l'abstractivité théorique des spéculations intellectuelles³⁸⁹. Donc « *quelle est la raison de la peine ? Est-ce la vengeance ? Faut-il répondre à l'attente de la victime ou à celle de la société ? Faut-il compenser le dommage causé par le criminel en lui infligeant un dommage identique ? Faut-il prévenir le crime par l'exemple ou prémunir la société de la récidive ?* »³⁹⁰.

³⁸⁷ Selon l'interprétation du T.P.I.R dans l'affaire Akayesu, le mot "*meurtre*" contenu dans l'art. 2 (2)(a) du Statut ne devait être lu sur la base du mot anglais « *kill*ing », plus général, mais à la lumière de la version française, d'ailleurs plus conforme au Code pénal rwandais, qui résulte plus précise – dans la mesure où elle demande la preuve de l'élément intentionnel – et par conséquent, est plus favorable à l'accusé, conformément au principe de la présomption d'innocence et des principes généraux du droit ; I.C.T.R., *The Prosecutor v. Akayesu*, Trial Chamber, Judgement, 2 September 1998, ICTR-96-4.

³⁸⁸ Voy. C.P.I., articles 77, 78, 79 et 80.

³⁸⁹ M.-C. BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, *op. cit.*, p. 274 et s.

³⁹⁰ H. LECLERC, Président d'honneur de la L.D.H., in « La justice qui punit », *Homme et Liberté*, n. 149, janvier-février-mars 2010.

En effet, le régime de la sanction concerne une partie des règles du procès pénal international où le droit de l'accusé à une peine juste, humaine, visant à sa réinsertion sociale, déjà connue ou au moins prévisible avant la perpétration de la conduite et enfin prononcée suite à une procédure équitable, doit se concilier avec un aspect plus symbolique, à savoir l'intérêt de la communauté internationale à une condamnation sévère, comme elle l'exige pour des crimes particulièrement odieux **(1)**. Pour cette raison, la légalité de la peine est abordée différemment dans le contexte national par rapport au milieu international, où la pratique des T.P.I. a certainement influencé la réglementation de la Cour dans une matière qui, malgré sa complexité, demeure négligée, dans la mesure où ce n'est que récemment que la communauté internationale s'est attribuée le droit de se prononcer aussi bien sur la culpabilité que sur la sanction en tout cas d'infractions internationales d'une certaine gravité. A cet égard, le Statut de Rome se prononce sur le type de sanctions applicables mais il reste plus lacunaire quant aux critères à adopter pour leur application **(2)**.

1. La peine dans le contexte international

La normative de la C.P.I. sur les peines a hérité les difficultés que le D.I.P. a présenté en la matière **(a)**, où la pratique des T.P.I. a représenté encore la référence principale **(b)**.

a. La particularité de la peine en D.I.P.

i. L'interdiction de la peine de mort

L'analyse du principe de la légalité de la peine au sein de la C.P.I. ne peut ne pas tenir compte de la particularité du système répressif international, qui n'a pas une tradition judiciaire uniforme. Si déjà la définition des crimes a produit des incertitudes, la détermination de la sanction s'est révélée encore plus incertaine et dépourvue d'institutionnalisation. A l'exception des Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, le seul élément commun dans le panorama de la justice pénale internationale est l'interdiction absolue de la peine de mort, encore prévue dans plusieurs systèmes nationaux, même les plus démocratiques, mais largement répudiée en droit international, même s'il faut mettre en exergue le texte du Projet de Statut du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, où ni la peine de mort ni l'emprisonnement à vie n'étaient exclues³⁹¹. En effet, certains États Parties, comme l'Arabie Saoudite et Singapour, proposaient la peine de mort, admise au sein de leur systèmes nationaux, alors que d'autres s'y opposaient³⁹². D'ailleurs, les

³⁹¹ Voy. le Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, doc. off. NU A/CONF.183/2/Add.1 (14 avril 1998), pp. 122-124.

³⁹² Doc. off. NU A/CONF.183/C.1/WGP/L.13 (juillet 1998); R.-E. FIFE, "Penalties", in R.-S. LEE, *op. cit.*, pp. 319-

instruments internationaux limitent seul formellement l'interdiction aux peines et traitements inhumains, cruels et dégradants, les États étant simplement découragés à appliquer la peine capitale, en vertu d'une sorte de réprobation morale collectivement admise.

L'opposition de plusieurs pays, notamment les États européens et latino-américains, a ensuite porté à l'exclusion de la peine capitale par le Statut. Toutefois, le Statut n'a pas été en mesure de codifier l'interdiction en tant que norme du droit international. D'ailleurs, pareillement à ce que l'art. 22 (3) établit à propos des crimes, le Statut prévoit que ses normes n'affectent pas l'application dans les systèmes nationaux de peines autres que celles admises par la Cour, de même quand la compétence nationale est exercée sur les crimes de compétence de la Cour³⁹³. A cet égard, il faut reprocher la disparité existante entre le régime des sanctions de la C.P.I. et celui de certains États Parties, qui restent titulaires d'une compétence complémentaire : cela affecte le principe de la légalité de la peine, selon que l'accusé soit poursuivi par la Cour ou par la juridiction nationale qui applique la peine capitale. Des problèmes analogues s'étaient posés avec les T.P.I. qui n'appliquaient pas la peine de mort, alors qu'elle était admise au niveau national.

iii. Le manque d'uniformité

Quant aux peines appliquées par les juridictions pénales internationales, il manque une véritable pratique consolidée. Il faut rappeler, qu'en général, la création des juridictions internationales ou internationalisées, et par conséquent la création des normes pour leur fonctionnement, y compris la normative sur les sanctions, a souvent suivi la perpétration des crimes. D'ailleurs, les nazis jugés par le Tribunal de Nuremberg furent condamnés à des peines inexistantes en droit international au temps de la perpétration des crimes, mais qui avaient été introduites *ex post* par l'Accord de Londres. A cet égard, rappelons que la C.P.I. se détache des autres tribunaux. En outre, il faut observer qu'à l'exception de l'Accord de Rome, les instruments internationaux de répression des violations du droit international humanitaire et des crimes qui menacent la paix ont toujours été peu satisfaisant dans l'indication des peines, en confiant la question aux États, depuis toujours les titulaires exclusifs du domaine réservé de la répression pénale. Dans le meilleur des cas, les traités et les déclarations internationales prescrivent aux États de prendre toute mesure nécessaire pour établir une sanction juste et appropriée³⁹⁴.

344.

³⁹³ C.P.I., art. 80.

³⁹⁴ Cf. Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, adoptée par la Résolution 260 (III) A de l'Assemblée générale des Nations Unies, le 9 décembre 1948 ; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949 ; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par la Résolution 39/46 de l'Assemblée générale des Nations Unies, le 10 décembre

Or, par rapport à toute conduite criminelle sanctionnée, les systèmes juridiques nationaux établissent une norme qui en général contient aussi bien la description de la conduite que l'interdiction de la sanction à appliquer au cas d'espèce³⁹⁵. Par contre, dans le milieu international, à cause des divergences dans l'appréciation de la gravité des crimes internationaux de la part de systèmes juridiques différents, mais surtout à cause de l'existence d'un éventail trop différencié de sanctions pénales au sein des différentes traditions juridiques – à la fois plus justicialistes, lorsqu'elles appliquent la peine de mort, ou moins justicialistes, quand elles interdisent l'incarcération à vie, considérée par certains pays sur le même plan de cruauté que la peine capitale - il a été très difficile de fixer une grille de peines maximales ou minimales pour chaque crime international, dans la mesure où il s'agit de crimes présentant une gravité similaire qui théoriquement ne justifient pas des peines différentes ni une diversité de critères dans l'application de la peine.

iii. Juridictions nationales et internationales, divergences et convergences

Au niveau national, l'indication d'une peine *minima* et *maxima* accompagne donc chaque infraction pénale afin que les critères de la prévisibilité et de l'accessibilité soient respectés. En effet, dans l'observance du principe de légalité de la peine, tout système juridique doit faire en sorte qu'avant la perpétration d'une infraction pénale un individu connaisse, doive pouvoir connaître, prévoir ou au minimum doive être mis en condition de savoir qu'une conduite donnée est contraire à la loi et, qu'en tant que telle, elle est passible de sanction pénale. En revanche, en D.I.P. ce qui est désormais exigé pour la définition des crimes, n'est pas encore vraiment exigé en ce qui concerne les peines, un domaine où une large liberté domine encore parmi les juges. En effet, dans le cadre de la justice pénale internationale, l'indication stricte des sanctions concerne simplement l'énumération des types de peines applicables, à savoir l'emprisonnement et les sanctions pécuniaires accessoires. On peut en déduire que l'incertitude qui a caractérisé pendant longtemps la définition stricte et détaillée des éléments des crimes de droit coutumier s'est réverbérée sur la peine. Cela est démontré par le fait que, dans le choix de la peine applicable, les instances pénales internationales ont commencé par une application originaire extrême de la peine de mort, admise par les Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, et ont conclu à l'application de peines accessoires pécuniaires visant à la réparation en faveur des victimes, ce qui est propre à la C.P.I.

1948.

³⁹⁵ A cet égard voy. W.-A. SCHABAS, "Perverse Effects of the *Nulla Poena* Principle: National Practice and the *Ad Hoc* Tribunals", 11(3), *E.J.I.L.* (2000), p. 521.

A l'exception d'une indication des types de peines applicables et des critères pour leur détermination, le manque de précision en ce qui concerne le *quantum* donne au juge international une marge d'arbitraire plutôt large en matière de peines. De plus, le fait que, dans la détermination du *quantum* de la peine, le juge fasse référence à la gravité du crime et surtout à la situation personnelle du condamné peut provoquer des distorsions et des disparités à l'égard des accusés condamnés pour les mêmes crimes. Il peut donc bien se produire qu'une Chambre estime de manière différente des facteurs identiques ou des situations analogues et inflige à des condamnés divers un nombre d'années différent pour les mêmes crimes, en générant ainsi des inégalités³⁹⁶. Toutefois, un fil rouge entre système national et international est maintenu en matière de peines, puisque la possibilité des juges internationaux de faire référence à la loi et à la pratique nationale, bien que non contraignante, permet de respecter la subsidiarité et la complémentarité qui lient entre elles la juridiction internationale et la juridiction nationale, qui est également compétente à juger sur les mêmes faits, sauf défaut ou incapacité. En manque de force contraignante, la référence à la grille générale des peines d'emprisonnement offerte par le système national a été considérée plutôt comme une source d'inspiration par les T.P.I.³⁹⁷.

b. La pratique des T.P.I., la référence aux systèmes nationaux

Afin de déterminer la peine, les Statut des T.P.I. ont permis aux juges de faire référence aux dispositions des systèmes yougoslave et rwandais³⁹⁸, une pratique qui a été ensuite confirmée par la jurisprudence³⁹⁹. La référence aux Tribunaux de Nuremberg et Tokyo fut écartée en raison des critiques liées à la violation du principe de légalité de la loi et de la peine qui auraient été soulevées à l'encontre du Tribunal, d'autant plus qu'ils admettaient la peine de mort. Il faut rappeler également que les traités internationaux interdisant certaines conduites graves, comme le génocide, ne consacraient aucun article aux peines⁴⁰⁰. Le vide législatif au niveau international conseillait donc, dans la détermination de la peine, aux juges des T.P.I. de tenir compte de la pratique suivie par les juridictions de l'ex-Yougoslavie et du Rwanda. Ce choix aurait permis de continuer à adopter la pratique en vigueur au niveau international qui, en manque d'une législation uniforme et d'une cour permanente, appliquait un système d'exécution indirect en vertu duquel les États s'obligeaient à

³⁹⁶ A l'égard des distorsions dérivant du principe de légalité de la peine voy. W.-A. Schabas, «Perverse Effects of the *Nulla Poena* Principle: National Practice and the *Ad Hoc* Tribunals», 11(3), *E.J.I.L.* (2000), p. 521.

³⁹⁷ P. KOVACS, «Le prononce de la peine», in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *Droit international pénal*, *op. cit.*, pp. 841-848.

³⁹⁸ Art. 24 du Statut du T.P.I.Y., art. 23 du Statut du T.P.I.R., règle 101 B) du R.P.P. commun aux deux Tribunaux.

³⁹⁹ Dans l'affaire *Delalić*, le T.P.I.Y. a considéré comme non contraignant le critère de la référence à la loi nationale applicable.

⁴⁰⁰ M.-C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 171-173.

poursuivre et à sanctionner les conduites interdites par le droit international sur la base de leur propre droit national, conformément au principe *aut punire aut dedere*. En réalité, suite à l'institution des juridictions pénales internationales, il incombe à celles-ci de poursuivre et sanctionner toute violation grave du droit international, selon un système d'exécution direct qui les oblige à respecter le principe *nullum crimen nulla poena sine lege*.

A part la prévision générale de la sanction de la réclusion, la référence à la loi nationale et à la pratique des tribunaux nationaux a certainement fourni un outil important pour combler la normative lacunaire des T.P.I. en ce qui concerne une liste de sanctions applicables et les critères aptes à calibrer la peine à infliger. Toutefois, loin de faciliter le travail des T.P.I., la référence aux peines admises dans les systèmes nationaux n'a pas évité des problèmes, en raison du fait que, d'une part, les systèmes nationaux ne prévoyaient pas les mêmes crimes internationaux de compétence que les T.P.I., et d'autre part, parmi les peines prévues au niveau national la peine de mort était admise. De plus, en ce qui concerne le premier aspect, la non-prévision des crimes internationaux dans les systèmes nationaux a permis aux Tribunaux *as hoc* d'appliquer les peines établies pour certains crimes nationaux présentant une gravité jugée équivalente à celle des crimes internationaux, ce qui implique l'application du critère de l'analogie, interdit par le principe de légalité⁴⁰¹. Dans l'affaire *Erdemović*, le T.P.I.Y. a argué que les crimes contre l'humanité, une figure juridique absente dans le Code Pénal de l'ex-Yougoslavie, devaient être considérés équivalents à d'autres crimes prévus dans le système national présentant la même nature et gravité des crimes contre l'humanité⁴⁰²; cela aurait permis la détermination d'une peine importante, conformément à l'orientation du C.d.S qui demandait des peines sévères pour des crimes si graves. Toutefois, il aurait laissé inappliqué le principe de légalité de la peine, considéré donc un principe non absolu, même si la référence à la législation nationale avait « *pour vocation d'apaiser la défense qui pourrait avoir la tentation de faire valoir le principe nulla poena sine lege* »⁴⁰³.

Puisque les systèmes nationaux appliquaient la peine de mort pour les mêmes crimes que pour des crimes de la même gravité, la réclusion pouvait garantir le respect du principe de légalité de la peine au sein des T.P.I.⁴⁰⁴. Mais il était difficile d'obtenir un rapport d'équivalence entre les deux systèmes en matière de sanctions, d'autant plus que les peines applicables au niveau national

⁴⁰¹ *Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-Seventh Session, 2 May-21 July 1995*, U.N. GAOR, 50th Sess., Supp. N. 10, 68, U.N. Doc. A/50/10 (1995).

⁴⁰² I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Drazen Erdemović*, Trial Chamber, Sentencing Judgement, 29 November 1996, IT-96-22-T, §§ 35-40.

⁴⁰³ P. KOVACS, "Le prononce de la peine", *op. cit.*, p. 843.

⁴⁰⁴ *Note Verbale dated 12 April 1993 from the Permanent Representative of the Netherlands to the United Nations Addressed to the Secretary-General*, 3, U.N. Doc. N. S/25716 (1993).

avaient changées après le début des conflits. En effet, les Tribunaux *ad hoc* ont commencé à fonctionner après le début des hostilités et ont parfois continué à fonctionner au cours du conflit. Chose qui posait vraiment la question de savoir si la référence aux peines appliquées au niveau national devait tenir compte du droit en vigueur avant le conflit ou au moment où le Tribunal devait décider sur la sanction, un moment caractérisé par une instabilité institutionnelle grave au niveau national. De plus, l’incarcération à perpétuité n’était pas prévue par les Statuts des Tribunaux *ad hoc*, considérée d’ailleurs équivalente à la peine de mort dans plusieurs systèmes nationaux. Toutefois, la pratique des T.P.I. s’est ensuite révélée en faveur de la réclusion à perpétuité et, en général, des peines dépassant largement la limite des 20 ans de réclusion⁴⁰⁵, ce qui a provoqué des critiques de la part de la doctrine concernant la violation du principe de légalité et de l’interdiction de l’application de la loi *ex post facto*. Dans l’affaire *Tadić*, la Chambre a soutenu que, étant donné la gravité des crimes contestés, le Tribunal était autorisé à appliquer l’incarcération à perpétuité, en la considérant moins lourde que la peine de mort qui aurait été appliquée par le système national.

2. La peine dans le Statut de Rome

La réglementation de la peine applicable par la C.P.I. soulève des questions qui peuvent être générales ou spécifiques, typiques du système de la justice pénale internationale tout court **(a)** ou propres au système de la Cour **(b)**.

a. Les problématiques posées par la peine

i. Le critère général de conformité au Statut

La formulation du principe de la légalité de la peine offerte par le Statut de Rome se détache de la formulation classique généralement adoptée dans les systèmes pénaux nationaux, selon lesquels le juge ne peut appliquer, ni une peine qui n’était pas prévue au moment de la perpétration du crime, ni une peine plus lourde de celle prévue au moment de la perpétration du crime. En revanche, selon la formulation de l’art. 23, la seule limite que les juges de la Cour rencontrent au moment de la détermination et application de la peine est sa conformité au Statut⁴⁰⁶. Le critère de la conformité au Statut se détache également de la normative des T.P.I., où la référence à la pratique générale adoptée par les instances nationales de l’ex-Yougoslavie et du Rwanda rendait incertaine

⁴⁰⁵ Voy. I.C.T.Y., règle 101 (A) et la jurisprudence du T.P.I.Y., en particulier les affaires *Jelisić* (condamné à 40 de réclusion) et *Blaškić* (condamné à 45 ans de réclusion).

⁴⁰⁶ C.P.I., art. 23, « Une personne qui a été condamnée par la Cour ne peut être punie que conformément aux dispositions du présent Statut ».

le principe de sécurité de la peine, les juges n'étant pas obligés à la respecter, puisque cette pratique était simplement un support⁴⁰⁷. La formulation s'écarte également des nombreux instruments internationaux⁴⁰⁸ qui ont consacré cette prescription en tant que principe de droit international coutumier ne permettant pas de dérogations⁴⁰⁹, puisqu'il est considéré par la doctrine un «*noyau dur*» des droit de l'homme⁴¹⁰. En réalité, il semblerait que le Statut de Rome n'attribue pas un caractère trop rigoureux à ce principe.

Déjà en 1994, dans le projet de Statut que la C.D.I. avait soumis à l'A.G., la référence au principe de légalité de la peine avait été plutôt générique, comprenant les peines de l'incarcération jusqu'à perpétuité et de la sanction pécuniaire. Comme pour les T.P.I., il était également indiqué que la Cour devrait prendre en considération le droit appliqué par les États, en particulier l'État de l'accusé⁴¹¹. Ensuite, l'obligation de la conformité aux systèmes nationaux fut éliminée du fait d'un manque d'accord entre les États sur ce point. A cet égard, le rapport du Comité préparatoire relatif à l'établissement de la Cour, soumis à la Conférence diplomatique de Rome en 1998, avait confirmé les divergences profondes existant entre les traditions juridiques des différents pays. Ladite observation faisait craindre que la procédure de la C.P.I. n'aurait pas pu respecter le principe de la légalité de la peine⁴¹². Le seul accord entre les délégations concernait la suppression de la peine capitale, alors que l'application de la peine aurait dû s'apprécier sur la base de la gravité du crime. Cette conclusion fut critiquée par plusieurs pays qui - comme le Groupe de travail sur les peines l'avait indiqué au cours de la Conférence de Rome - demandaient des règles de procédure établissant avec précision la peine *maxima* et *minima* relative à l'emprisonnement, ainsi qu'une détermination précise des circonstances aggravantes et atténuantes et des critères pour le cumul des peines en tout cas de crimes multiples⁴¹³. En revanche, l'interdiction du recours à l'analogie fut

⁴⁰⁷ Voy. J.-R.-W.-D. JONES/S. POWLES, *International Criminal Practice*, Third edition, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 404-405, où l'art. 24(1) du Statut du T.P.I.Y., qui utilise l'expression « *shall have recourse to the general practice...* » est comparé avec la règle 101(B), qui par contre utilise l'expression « *take into account* ».

⁴⁰⁸ Voy. D.U.D.H art. 11(2), P.I.D.C.P. art. 15(1), C.E.D.H. art. 7(1), C.A.D.H. art. 9 et ainsi de suite.

⁴⁰⁹ Dès le début de son activité, la C.D.I. a toujours souligné l'importance du principe de légalité de la peine et le Projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité fut amendé afin de mieux garantir le respect du principe. L'A.G. avait établi que toute peine relative aux crimes internationaux devait tenir compte de la normative applicable au niveau international; voy. Report of the 1953 Committee on International Criminal Jurisdiction, UN Doc. A/2645, para. 118.

⁴¹⁰ La définition est de SCHABAS ; voy. S. LAMB, *op. cit.*, p. 756 ss.

⁴¹¹ Voy. Report of the I.L.C. on the work of its 46th Session; voy. également Report of the *ad hoc* Committee on the Establishment of an International Criminal Court, UN GAOR, 50th Sess., Supp. No. 22, A/50/22 (1995), at paras. 52 and 57.

⁴¹² *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court-Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, addendum A/CONF.183/2/Add.1, 14 April 1998.

⁴¹³ Ladite difficulté avait été confirmée en 1996 par la Commission au cours des travaux pour la rédaction du Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ; voy. Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Report of the ILC on the work of its 48th Sess., 6 May-26 July 1996, UN Doc. A/51/10, at 29-30; Report of

établi⁴¹⁴. Enfin, le principe fut introduit dans l'article 23 du Chapitre III, consacré aux principes généraux du droit pénal, après l'article 22 sur le principe de stricte légalité. Il faut donc noter que le principe de la légalité de la peine ne figure pas dans la partie consacrée aux peines⁴¹⁵.

Le résultat du long travail d'élaboration fut qu'en termes généraux l'article 23 du Statut impose le respect du principe de la légalité de la peine, même s'il manque une grille concernant la mesure de l'emprisonnement. Tout risque d'arbitraire au moment de la sanction est assuré uniquement par le Statut, qui admet les punitions qui se conforment à ses dispositions. De façon concrète, il s'agit d'une limite qui s'impose aux juges sur toute décision en matière de preuve, puisque la mesure de la peine dépend de la gravité de la conduite. En ce qui concerne la peine de l'emprisonnement, puisque seulement la limite maximale est indiquée, les juges jouissent d'un pouvoir discrétionnaire considérable dans la détermination du nombre d'années approprié à chaque conduite. Par conséquent, l'ampleur de la marge d'appréciation du *quantum* peut porter à des prononciations très différentes pour les mêmes crimes par rapport à d'autres juridictions internationales et parfois par rapport à d'autres chambres de la même juridiction. Le critère général de la « conformité » au Statut limite donc le pouvoir de la Cour, mais également celui des États où les personnes condamnées par la Cour purgent la peine de la détention, auxquels il n'est pas possible d'infliger des peines autres que celles décidées par la Cour. Tout autre aspect lié à la graduation de la peine est réglé par le R.P.P., qui prévoit les conditions de l'emprisonnement ou les modalités pour exécuter les peines pécuniaires. Le R.P.P. indique également les critères pour considérer la peine déjà purgée avant la fin du procès, afin de déterminer la peine finale et, en général, aborde toute question concernant le moment de l'exécution de la peine.

ii. La fonction de la sanction

Dans le système juridique international, la fonction propre à la peine est plus complexe que dans les systèmes nationaux, puisqu'elle doit neutraliser et punir le coupable, le dissuader à commettre d'autres faits de la même gravité et, par le biais de la réprobation collective, favoriser la réconciliation, la paix et l'ordre international⁴¹⁶. Dans le cadre d'un procès pénal international,

the International Law Commission on the Work of its 47th Sess., UN Doc. A/50/10, at 183.

⁴¹⁴ Voy. la décision de la Commission Préparatoire en 11-21 février 1997, Annex II, UN Doc. A/AC.249/1997/L.5, at 18.

⁴¹⁵ Voy. UN Doc. A/CONF. 183/C.1/L.65/Rev.1, at 2; sur ce point il faut rappeler la proposition avancée par la délégation mexicaine à l'occasion de la Conférence diplomatique de Rome, qui demandait au Groupe de travail sur les peines d'introduire le principe, UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGP/L.4.

⁴¹⁶ A cet égard voy. les nombreuses prononciations des T.P.I. concernant la fonction de la peine : T.P.I.Y., *Le Procureur v. Drazen Erdemović*, Chambre de première instance I, Jugement portant condamnation, *cit.*, § 59-64; T.P.I.R., *Le Procureur v. Jean Kambanda*, Chambre de première instance, Jugement, 4 septembre 1998, ICTR-97-23-S, § 28, qui confirment la centralité de la fonction de dissuasion, rétribution, stigmatisation publique et réconciliation nationale

caractérisé par ses propres règles et finalités, il serait hypocrite de nier que l'intérêt de la justice et de la collectivité prévaut sur l'intérêt de l'accusé. Toutefois, si dans le contexte national le respect de la légalité de la peine limite le pouvoir politique de l'État dans la répression pénale, dans le milieu international le principe a également la fonction d'éliminer tout doute de pressions politiques provenant de l'extérieur qui pourrait influencer l'activité de la juridiction internationale, d'autant plus que les crimes internationaux prolifèrent dans des contextes politiques particulièrement conflictuels, comme les guerres civiles où il y a toujours des factions politiques plus fortes et influentes. Dans le contexte international, le principe de la légalité a la fonction ultérieure d'éviter que la décision sur la peine produise des inégalités à cause de l'éducation, de la culture, des opinions personnelles, religieuses ou politiques différentes des juges qui proviennent de tous les coins du monde. Par ailleurs, une décision peu scrupuleuse sur la peine est toujours sujette à des critiques de la part de l'opinion publique, très attentive à vérifier l'impartialité et l'indépendance de l'instance. En même temps, il est important que la décision évite toute forme d'homologation qu'une application trop stricte du principe de légalité peut impliquer, dans la mesure où la peine doit toujours tenir compte de la gravité du crime et des conditions personnelles de l'auteur⁴¹⁷.

En termes généraux, la doctrine indique deux approches pour encadrer la peine, l'une prospective et l'autre restitutive. Selon la première, la peine a une fonction de dissuasion pour l'avenir – pour cela il est important qu'elle soit connue à l'avance - et de réhabilitation sociale du coupable⁴¹⁸. La deuxième approche considère la peine en tant que châtement en raison du mal porté à la société. Il s'agit d'une rétribution qui ne doit cependant pas dépasser la gravité du crime commis et qui, à travers la réparation, vise également à rétablir le *statu quo ante*. Dans le contexte de la justice pénale internationale moderne, les deux perspectives se rencontrent, convergeant vers le but principal de favoriser la réconciliation et garantir l'ordre et la paix internationale. La peine sortant de la justice internationale doit satisfaire l'opprobre et la stigmatisation de la part de la communauté internationale envers certaines conduites, neutraliser le coupable et prévenir toute conduite de la même espèce. « *Le châtement n'est pas en lui-même une garantie de justice* »⁴¹⁹, alors qu'à son début la justice pénale internationale visait en prévalence au châtement du coupable, qui pouvait être condamné à la peine de mort suite à un procès sommaire, dépourvu de tout respect

attribuée à la peine.

⁴¹⁷ A.-M. LA ROSA, *Juridictions pénales internationales*, PUF, Paris, 2003, p. 160.

⁴¹⁸ Voy. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, où l'auteur souligne la fonction démonstrative et dissuasive de la peine, qui doit être proportionnée et doit éviter toute forme de cruauté envers le condamné; voy. également J. BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses*, 3e éd., Bossange, Paris, 1825, p. 16 et s.

⁴¹⁹ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Celebici*, Jugement, 16 nov. 1998, IT-96-21-T, § 1231 ; T.P.I.Y., *Le Procureur v. Dusko Tadić*, Jugement relatif à la sentence, 11 nov. 1999, IT-94-I-T, § 7.

des règles procédurales garantissant un procès équitable⁴²⁰. Après l'expérience des T.P.I., la C.P.I. exprime cette mixité d'approche, qui répudie toute idée de vengeance sociale et qui souligne plutôt la centralité du rôle dissuasif de la peine dans la prévention d'autres crimes si odieux⁴²¹. Dans cette perspective, la peine doit donc être certaine, connue, publique et sévère.

iii. La détermination du quantum entre circonstances aggravantes et atténuantes

Le 14 mars 2012, la Chambre de première instance I a émis le premier verdict depuis le début de son activité et a condamné l'accusé Thomas Lubanga Dyilo. La décision sur la peine a été prononcée le 10 juillet suivant, au cours d'une autre audience consacrée uniquement à la peine, où l'accusé a été condamné à purger à 14 ans de réclusion et à réparer les dommages subis par les victimes⁴²². La peine appliquée a été le fruit du calcul effectué selon les paramètres offerts par le Statut. Toutefois, il faut révéler une certaine généralité de la normative statutaire en matière de peine, en particulier en ce qui concerne l'absence de paramètres à adopter pour la détermination du *quantum*. Les critères guide généraux pour l'individualisation de la peine sont donc, aux termes de l'article 78(1), la gravité du crime et la situation personnelle du condamné⁴²³, sans négliger cependant que l'objectif reste une peine « juste », dans la mesure où elle doit punir avec sévérité mais par le biais d'un châtement humain, c'est-à-dire qui préserve la dignité de l'accusé de tout propos vindicatif, selon un jugement de proportionnalité. Aux fins d'individualiser la peine, il faut qu'elle soit proportionnelle à la culpabilité du condamné et tienne compte des circonstances aggravantes et atténuantes, comme sa collaboration ou son plaidoyer de culpabilité⁴²⁴. En d'autres termes, il faut moduler la peine selon les principes d'individualisation et de proportionnalité afin qu'elle n'obéisse pas à une homologation aveugle, qu'elle ne soit pas porteuse de disparités, et, en même temps, qu'elle ne présente une gravité ni supérieure ni inférieure à la gravité du crime commis. La peine doit donc être juste, c'est-à-dire qu'elle doit s'adresser à une personne déterminée, tout en restant proportionnée à la gravité aussi bien objective que subjective du crime⁴²⁵.

⁴²⁰ Cf. l'affaire *Eichmann* devant la Cour suprême d'Israël, in *I.L.R.*, vol. XXXVI, 1968, p. 341 ; T.P.I.Y., Premier Rapport annuel à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité, doc. off. NU AG A/49/342, doc. off. NU CS/1994/1007 (29 août 1994), par. 11 à 16; voy. T.P.I.R., *Le Procureur v. Ruggiu*, Jugement, 1 juin 2000, ICTR-97-32-I, § 33 ; T.P.I.R., *Le Procureur v. Musema*, Jugement, 27 janvier 2000, ICTR-96-13, § 986 ; I.C.T.Y., *Le Procureur v. Kupreskic*, Jugement, 14 janvier 2000, IT-95-16, § 848 ; I.C.T.Y., *Le Procureur v. Erdemovic*, Jugement portant condamnation, 29 novembre 1996, IT-96-22, § 66.

⁴²¹ Voy. le Préambule au Statut de la C.P.I. « *Déterminés à mettre un terme à l'impunité des auteurs de ces crimes et à concourir ainsi à la prévention de nouveaux crimes* » ; A. Sottile, "Le problème de la création d'une cour pénale internationale permanente", *Revue de droit international* (1951), vol. XXIX, p. 163.

⁴²² C.P.I., *Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 14 mars 2012, ICC-01/04-01/06.

⁴²³ Voy. également les dispositions analogues des T.P.I., l'art. 24(2) du T.P.I.Y et l'art. 23(2) du T.P.I.R.

⁴²⁴ I.C.C., règle 145, T.P.I., art. 101(B)(i)(ii).

⁴²⁵ C.P.I. règle 145(1)(a)(b) ; la jurisprudence des T.P.I. a confirmé ce critère, voy. T.P.I.Y., *Le Procureur v. Erdemovic*,

Mais, l'individualisation de la peine dérive du degré de responsabilité du condamné plutôt que de la gravité du crime. En effet, ce qui ressort est le rôle, la personnalité, l'éducation, l'âge, la propension délictueuse, les antécédents judiciaires, les conditions mentales, physiques, familiales, financières, sociales et le niveau d'instruction du condamné⁴²⁶. Il y a une certaine différence entre une situation où l'accusé a agit par ignorance ou par peur de rétorsions, en tant que mineur ou subordonné, et une situation où il a agit dans une position de commandement, en pleine conscience et volonté. Par conséquent, une disparité de la peine est admissible si elle est le résultat du processus d'individualisation et non d'une discrétion arbitraire et injustifiée de la part des juges. L'uniformité peut sortir de l'approche adoptée par les juges dans l'exercice de leur discrétion et de leur indépendance au cours de l'évaluation de toutes les circonstances de l'affaire⁴²⁷.

Or la mesure objective de la gravité du crime est donnée par la loi, alors que la mesure subjective du crime découle des circonstances dans lesquelles le crime s'est accompli, qui peuvent aggraver la peine ou l'atténuer⁴²⁸. La nécessité de prévoir tout l'éventail des circonstances possibles dans le R.P.P. de la C.P.I. avait été manifesté sans succès pendant la Conférence de Rome⁴²⁹. Toutefois, plus que les règles de procédure, la jurisprudence des T.P.I. a beaucoup contribué à la détermination des circonstances. Parmi les circonstances aggravantes, il faut considérer l'étendue et la gravité des dommages et des préjudices causés aux victimes et aux membres de leur famille, le nombre, l'âge, le genre de celles-ci et en général, leur vulnérabilité, l'abus de pouvoir, la préméditation, le sadisme, l'emploi de moyens ou de modalités particulièrement cruels et l'inclination criminelle de l'accusé, le mobile discriminatoire, la présence d'autres condamnations pénales antérieures⁴³⁰. Une certaine jurisprudence des T.P.I. a retenu *in re ipsa* les circonstances aggravantes quand il s'agit de crimes de génocide et contre l'humanité⁴³¹.

Jugement portant condamnation I, *cit.*, §§ 105 et 110 ; T.P.I.Y., *Le Procureur v. Tadić*, Jugement portant condamnation, *cit.*, par. 62 ; T.P.I.R., *Le Procureur v. Akayesu*, Décision relative à la condamnation, 2 octobre 1998, ICTR-96-4, § 33.

⁴²⁶ C.P.I., règle 142 (1)(c)(2)(b).

⁴²⁷ Voy. T.P.I.Y., *Le Procureur v. Celebici*, Chambre d'appel, Jugement, 16 novembre 1998, IT-96-21-T, §§ 755-759 ; à cet égard A.-M. La Rosa, *Juridictions pénales internationales*, *op. cit.*, pp. 191-192.

⁴²⁸ C.P.I., règle 145(1)(b).

⁴²⁹ Rapport du Groupe de travail sur les peines, doc. off. NU A/CONF.183/C.1/WGP/L.14 (4 juillet 1998).

⁴³⁰ C.P.I., règle 145(2)(b); voy. particulièrement les précédents jurisprudentiels : *Le Procureur v. Akayesu*, Décision relative à la condamnation, *cit.*, § 36 ; T.P.I.Y., *Le Procureur v. Celebici*, Jugement, *cit.*, §§1217, 1223, 1235, 1243, 1244, 1251, 1268, 1269, et 1272 ; T.P.I.R., *Le Procureur v. Musema*, Jugement, *cit.*, §§1003-1004 ; T.P.I.R., *Le Procureur v. Rutaganda*, Jugement et sentence, 6 décembre 1999, ICTR-96-3, §§ 468-470.

⁴³¹ Voy. : T.P.I.R., *Le Procureur v. Kambanda*, Jugement portant condamnation, *cit.*, § 33 ; T.P.I.R., *Le Procureur v. Rutaganda*, Jugement et sentence, *cit.*, § 468 ; T.P.I.R., *Le Procureur v. Ruggiu*, Jugement, *cit.*, § 48.

En revanche, les circonstances atténuantes mitigent le *quantum* de la peine, sans cependant réduire la gravité du crime. La coopération avec l'organe de poursuite, surtout si considérée sérieuse et étendue, peut réduire la peine : le fait d'avoir fourni des éléments probants utiles dans d'autres affaires, la reddition volontaire, l'indemnisation des victimes, l'admission de culpabilité, la rémission au tribunal, le plaidoyer de culpabilité, la contrition et les remords désintéressés démontrés envers les victimes en audience publique, des facteurs de réduction de la peine⁴³². La jurisprudence de la Cour, dans l'affaire Katanga, a indiqué également le soutien actif de l'accusé au processus de désarmement et démobilisation des enfants soldats⁴³³. Par contre, la qualité officielle n'est pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale ni de diminution de la peine⁴³⁴. L'ordre du supérieur, invoqué en vain devant le Tribunal de Nuremberg⁴³⁵, est admis comme motif de diminution de la peine, puisque la désobéissance implique normalement des représailles contre le subordonné ou sa famille⁴³⁶. Toutefois, dans ce cas, la diminution de la peine n'est pas automatique mais subordonnée à la preuve de la réprobation, du rôle subalterne dans l'échelle de commande, du degré limité de participation, de l'état de contrainte ou d'extrême nécessité, de la résistance du subordonné par rapport à l'ordre reçu, de l'éventuelle volonté ou activité employée pour réduire les effets dangereux du crime et pour alléger les souffrances à l'encontre des victimes⁴³⁷. Encore une fois, il incombe à la jurisprudence des T.P.I. de combler les lacunes existantes dans la normative de la Cour à cet égard. Toujours dans l'affaire Katanga, la défense a affirmé que la violation des standards internationaux sur les droits de l'accusé peut atténuer la mesure de la peine, ce qui a été retenu par la Cour⁴³⁸.

b. Les peines applicables par la Cour

i. Les peines principales

⁴³² C.P.I., règle 145(2)(a) ; voy. également la jurisprudence des T.P.I., en particulier : T.P.I.Y., *Le Procureur v. Erdemovic*, Jugement portant condamnation, cit., §§ 44 et 55 et sentence, cit., §§ 16 et 21 ; T.P.I.R., *Le Procureur v. Musema*, Jugement, cit., §§ 1005 et 1007 ; T.P.I.R., *Le Procureur v. Ruggiu*, Jugement, cit., §§ 56-58 et §§ 69-72 ; T.P.I.Y., *Le Procureur v. Celebici*, Jugement, cit., § 1279.

⁴³³ C.P.I., *Situation en République Démocratique du Congo. Le Procureur v. Germain Katanga*, Chambre de première instance II, Decision relative à la peine (article 76 du Statut), 26 mai 2014, ICC-01/04-01/07, § 144.

⁴³⁴ C.P.I., art. 27.

⁴³⁵ *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945-1^{er} octobre 1946*, Jugement, tome I, pp. 235-236.

⁴³⁶ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Erdemovic*, Jugement portant condamnation, cit., § 47.

⁴³⁷ C.P.I., art. 33. A cet égard cf. la jurisprudence des T.P.I.: I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Sikirica*, Sentencing Judgement, 13 November 2001, IT-95-8, § 192.

⁴³⁸ En particulier, il s'agissait de considérer dans le calcul les conditions de détention subies par l'accusé en R.D.C., voy. C.P.I., *Situation en République Démocratique du Congo. Le Procureur v. Germain Katanga*, Decision relative à la peine (article 76 du Statut), 26 mai 2014, cit., §§ 130 à 133 et 136 à 138.

Si la détermination du *quantum* pose des problèmes normatifs, la prévision des peines applicables par la Cour donne une réponse plus énergique du Statut à l'exigence de faire respecter le principe de légalité de la peine. Toutefois, la réponse a laissé incertains plusieurs aspects du problème, en particulier certaines questions concernant l'exécution de la peine, la liberté conditionnelle, les conditions de détention, les mesures alternatives à la détention et ainsi de suite⁴³⁹. Aux termes de l'art. 77, les peines que la Cour peut appliquer sont: l'emprisonnement jusqu'à trente ans et l'emprisonnement à perpétuité limitativement aux cas d'une gravité exceptionnelle. A l'emprisonnement il est possible d'ajouter une amende et la confiscation⁴⁴⁰. Puisque la Cour est compétente à l'égard des seules personnes physiques, la responsabilité pénale des personnes morales n'a pas été retenue au cours des travaux préparatoires. A l'exception des sanctions pécuniaires, l'emprisonnement est donc la seule peine principale appliquée par la C.P.I.

Au cours des travaux de la C.D.I., le Projet de Statut prévoyait aussi bien l'emprisonnement à vie que celui à temps, malgré les objections contre l'emprisonnement à perpétuité, considéré équivalent à la peine capitale⁴⁴¹. Pendant les négociations au sein de la Conférence de Rome, plusieurs États s'étaient opposés aussi bien à l'emprisonnement à vie qu'à celui de très longue durée, considérés d'une sévérité excessive. A la différence des Statuts des T.P.I., où l'emprisonnement à perpétuité n'était pas indiqué et cependant était infligé par les juges en vertu de leur interprétation statutaire en cas de condamnation pour génocide, le Statut de Rome admet l'emprisonnement à temps de 30 ans ou plus et l'emprisonnement perpétuel⁴⁴². Or, l'application de l'incarcération à vie, répudiée par certaines démocraties où cette peine est considérée une pratique de torture, diminue les garanties d'humanité de la peine que le Statut de Rome devrait assurer. En général, les critères pour la détermination de la peine de l'emprisonnement sont: la gravité du crime et la situation personnelle du condamné. Mais, au-delà des critères indiqués, la normative du Statut en matière de peine témoigne de l'évolution du principe de légalité de la peine au niveau international, auparavant caractérisé par une inégalité importante par rapport au contexte national, dans la mesure où l'arbitraire qui caractérisait le moment de la prononciation de la peine de la part du juge international a laissé la place à un pouvoir discrétionnaire plus limité du fait d'une réglementation plus détaillée⁴⁴³.

⁴³⁹ M.-C. BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, op. cit., p. 275.

⁴⁴⁰ Voy. M.-C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale*, op. cit., p. 173.

⁴⁴¹ Voy. le Projet de Statut de 1994 de la C.D.I., reproduit in *Annuaire C.D.I.* 1994, vol. II, 2e partie, art. 47(1)(a). Les objections concernant le caractère cruel de l'emprisonnement à perpétuité avaient été déjà soulevées lors des travaux de la Commission de droit international portant sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, voy. le Neuvième Rapport de la C.D.I., *Annuaire C.D.I.* 199, vol. II, 1e partie, p. 41.

⁴⁴² C.P.I., art. 77.

⁴⁴³ P. KOVACS, "Le prononce de la peine", op. cit., p. 848.

Dans le cas d'emprisonnement à perpétuité, l'art. 77(1)(b) requiert que la gravité du crime soit jugée comme «extrême», ce qui est plutôt difficile lorsqu'on parle de crimes déjà très graves par leur caractère. En effet, l'extrême gravité trouve un sens si l'on considère l'intention spécifique de l'accusé et la gravité des dommages causés par le crime. De plus, en suivant l'orientation de la jurisprudence des T.P.I. dans la détermination de la peine, il semble possible d'établir une sorte de hiérarchie entre les crimes, à savoir: agression, génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre. Dans cette perspective, l'extrême gravité sera alors considérée par rapport à l'ampleur des effets produits et certaines conduites, comme celles génocidaires, seront *in re ipsa* d'une gravité extrême. Dans le cadre des crimes internationaux, une certaine doctrine et jurisprudence nient toute hiérarchie liée à la gravité des crimes⁴⁴⁴, en les considérant tous de la même gravité, alors que d'autres placent au sommet le crime d'agression et le génocide, défini par certains comme le crime des crimes⁴⁴⁵. Nous considérons que les violations graves du droit international humanitaire et les crimes qui touchent la communauté internationale dans son ensemble présentent, en général, la même gravité et que toute distinction découle de l'ampleur des effets destructifs produits, du nombre des victimes, de la spécificité de l'intention criminelle, de la systématicité de la conduite et ainsi de suite.

L'article 77 requiert spécifiquement la prise en compte de la situation personnelle du condamné, comme un critère additionnel pour justifier une peine très sévère. Dans ce cas, le critère suivra néanmoins une procédure d'évaluation plus commune, où la position de pouvoir de l'accusé au moment du crime et le degré de cruauté employée seront la mesure pour rendre le responsable destinataire d'une peine plus lourde, du fait de l'intention spécifique démontrée dans la perpétration du crime. A cet égard, il faut mettre en exergue une nouvelle tendance de la pénologie moderne qui considère plus le coupable que le crime, comme l'a déjà été démontré par le T.P.I.Y. dans l'affaire *Tadić*, qui s'est attardé beaucoup sur la personnalité, l'âge, la classe sociale, l'indigence, le casier juridique vierge, l'effet de la peine sur la vie familiale du condamné et ainsi de suite⁴⁴⁶. En manque d'élément causal, lié aux effets produits, et d'élément intentionnel, lié à l'état d'âme particulier, la peine maximale ne pourra dépasser les 30 ans. L'emprisonnement à perpétuité doit donc se «justifier» principalement par la gravité extrême du crime et par la situation personnelle du condamné⁴⁴⁷. Enfin, il est important de souligner que, cependant, pour justifier l'infliction d'une

⁴⁴⁴ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Tadić*, Chambre d'appel, Arrêt relatif à la sentence, 26 janvier 2000, IT-94-1-T ; T.P.I.Y., *Le Procureur v. Tadić*, Jugement relatif à la sentence, 11 novembre 1999, avec l'opinion individuelle du juge Robinson.

⁴⁴⁵ T.P.I.R., *Le Procureur v. Akayesu*, Jugement, cit., § 8.

⁴⁴⁶ I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Tadić*, Chamber II, Sentencing Judgement, 14 July 1997, cit.

⁴⁴⁷ Voy. la comparaison entre l'art. 77(1)(b) et l'art. 78(1). C.P.I., art. 78(1). "*Lorsqu'elle fixe la peine, la Cour tient*

peine si grave comme la peine à perpétuité, la démonstration de l'extrême gravité du crime et d'une situation personnelle donnée ne suffisent pas, étant donné qu'il faut que ces deux facteurs soient « attesté[e]s par l'existence d'une ou de plusieurs circonstances aggravantes »⁴⁴⁸. En d'autres termes, l'évaluation de la preuve est plus rigoureuse pour la peine la plus grave, qui nécessite que les deux seuls éléments objectif et subjectif la justifiant soient impérativement corroborés par la présence d'au moins une circonstance aggravante⁴⁴⁹.

ii. Les peines adjonctives

L'art. 77(2) indique l'amende et la confiscation comme des peines que la Cour peut ajouter à la peine principale de l'emprisonnement⁴⁵⁰. Il s'agit de peines à caractère civil, affectant le condamné dans sa condition économique et sociale, qui n'étaient pas prévues par les Statuts des T.P.I., lesquels se limitaient à indiquer la restitution comme peine accessoire. Le caractère civil de l'amende et de la confiscation répond à la fonction de la C.P.I. de dissuader et punir le responsable, éviter que celui-ci s'enrichisse par le crime, assurer une juste réparation aux victimes et indemniser symboliquement la société. Toutefois, l'amende et la confiscation ne représentent pas une forme directe de réparation puisqu'elles ne correspondent pas à l'indemnisation et à la réparation proprement dites, étant destinées au Fond créé par les Etats Parties au profit des victimes et non directement aux victimes⁴⁵¹. En effet, même si, seule la Cour garantit la réparation aux victimes, celle-ci n'est pas indiquée parmi les peines applicables et, conformément à certains principes⁴⁵², la condamnation à une peine pécuniaire a la fonction de priver le condamné du corps du délit et de tout bien ou profit provenant directement ou indirectement du crime⁴⁵³. Des difficultés pratiques existent pour activer la machine de la réparation, qui n'est pas automatique, pouvant concerner la coopération des Etats nécessaire pour permettre la localisation et l'identification des biens liés aux crimes ou l'appréciation de la preuve justifiant l'application de peines accessoires. A cet égard, la Cour peut se faire assister par des experts pour prouver l'existence des dommages causés par le crime et pour déterminer leur importance, ce qui peut s'avérer parfois très compliqué⁴⁵⁴.

compte, conformément au Règlement de procédure et de preuve, de considérations telles que la gravité du crime et la situation personnelle du condamné”.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, règle 145(3).

⁴⁴⁹ Ce qu'il faut éviter dans cette procédure est, toutefois, de bien distinguer entre la ou les circonstances aggravantes et la situation personnelle du condamné ou la gravité extrême de la conduite.

⁴⁵⁰ C.P.I., art. 77(2)(a)(b) et règle 146.

⁴⁵¹ *Ibid.*, art. 79.

⁴⁵² *Ibid.*, art. 75.

⁴⁵³ M.-C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale*, *op. cit.*, pp. 173-180; M.-C. BASSIOUNI *Introduction au droit pénal international*, *op. cit.*, p. 277-283.

⁴⁵⁴ C.P.I., règle 97(2).

Les critères pour justifier la condamnation à la peine de l'amende sont contenus dans la règle 146 : dans ce cas se configure un aspect strictement procédural du principe de la légalité de la peine. Après avoir déterminé si l'emprisonnement est une peine suffisante ou non, la Chambre considère les moyens financiers du condamné et dans quelle mesure le profit personnel tiré par l'auteur était un mobile du crime. Les juges évaluent également tout dommage et préjudice causé, en observant que pour déterminer le montant approprié, celui-ci ne doit pas dépasser les trois quarts de la valeur des biens de la personne condamnée et de tout avoir identifiable, liquide ou réalisable. L'intention est donc de permettre au condamné de continuer à répondre à ses besoins financiers personnels et familiaux. Si le condamné ne procède pas au paiement de l'amende dans le délai établi, son emprisonnement peut être prolongé, mais seulement après que le Président de la Cour l'ait écouté à huis clos, en présence d'un conseil. En tout cas, l'allongement ne pourra pas avoir pour effet de porter la durée totale de la détention à plus de 30 ans. Quant à la confiscation, elle doit concerner seulement les biens, les revenus, les avoirs et les profits qui découlent directement ou indirectement du crime, et que la Cour doit identifier et localiser sans porter préjudice à tout tiers de bonne foi⁴⁵⁵. Puisque la sanction pécuniaire est destinée principalement à la réparation des victimes⁴⁵⁶, la Cour peut, avant de rendre son ordonnance, inviter les représentants du Fonds au profit des victimes à soumettre leurs observations⁴⁵⁷. En effet, la normative pour l'exécution des peines de l'amende et de la confiscation est commune à celle sur les mesures de réparation⁴⁵⁸, qui ont cependant la priorité sur les autres⁴⁵⁹. Tout balancement entre les droits des victimes à la réparation et les obligations de l'accusé en termes économique vise à réaliser l'égalité procédurale.

iii. Le cumul des peines

Lorsqu'un accusé est condamné pour plusieurs crimes commis dans le même contexte et en raison des mêmes faits, le Statut de la Cour prescrit qu'une peine soit imposée pour chaque crime et que l'accusé soit condamné à une peine unique établissant le temps total de l'emprisonnement⁴⁶⁰. En effet, le Statut ne spécifie pas si le total de la peine à expurger est le résultat du cumul ou de la confusion des peines infligées pour chaque crime, alors que la normative des T.P.I. est plus précise, puisque l'art. 87 commun aux Statuts des Tribunaux *ad hoc* prévoit clairement que pour plusieurs crimes tirant des mêmes faits le Tribunal pourra prononcer aussi bien une peine unique que plusieurs peines, qui peuvent être soit confondues dans une peine unique soit purgées de manière

⁴⁵⁵ *Ibid.*, art. 109(1) et règle 147.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, art. 79(2).

⁴⁵⁷ *Ibid.*, règle 148.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, règles 217 à 222

⁴⁵⁹ *Ibid.*, règle 221(2).

⁴⁶⁰ *Ibid.*, art. 78(3).

consécutives. L'approche adoptée par la Cour est, qu'en cas de plusieurs crimes fondés sur les mêmes faits, la Chambre prononcera «une peine pour chaque crime et une peine unique », calculée sur la base de la peine plus lourde prolongée. L'extension de la peine sera effectuée en raison de la présence de crimes caractérisés par des éléments de distinction et par des peines différentes. Ainsi, le crime avec la peine moins lourde sera révélateur du caractère particulièrement reprochable de la conduite mise en acte par l'accusé.

En présence de contestations de plusieurs crimes fondés sur les mêmes faits, la Cour doit donc indiquer la durée totale de l'emprisonnement qui ne pourra être ni inférieure à la durée de la peine individuelle la plus lourde prévue pour la conduite la plus grave, ni supérieure à 30 ans, si la peine individuelle la plus lourde n'est pas supérieure à 30 ans. En outre, il est prescrit que la durée totale de la peine infligée ne pourra pas dépasser une condamnation à l'emprisonnement à perpétuité, bien qu'il soit superflu de fixer la limite à une peine qui représente déjà une limite de par soi, étant donné qu'il n'existe pas de peine plus lourde que l'emprisonnement à perpétuité. Toutefois, puisqu'il est toujours possible – au moins dans certains systèmes nationaux - de condamner un accusé à plusieurs peines à l'emprisonnement à perpétuité dans le cadre du même affaire, en raison du niveau de gravité extrême des conduites multiples, le Statut a ici voulu traduire dans une norme formelle ce qui est un non-sens dans la pratique. A savoir l'accusé ne peut pas expurger plusieurs peines d'emprisonnement à vie alors qu'il ne dispose que d'une seule vie. L'application du cumul pour l'emprisonnement à perpétuité, à savoir l'infliction de plusieurs peines d'emprisonnement à vie, n'a donc pas de sens pour le Statut et ne satisfait pas le critère de l'effectivité de la peine, en se limitant à produire dans l'opinion publique la simple illusion d'une peine exemplaire, dans son acception restitutive.

iv. La peine par rapport aux charges cumulatives ou alternatives

Le problème du cumul des peines est strictement lié au cumul des charges, puisque dans les deux cas la situation de l'accusé risque d'être compromise par une condamnation plus lourde. La question du cumul des peines a été abordée de manière différente et parfois controversée par la jurisprudence précédente à la Cour, dans la mesure où quelque fois le tribunal a imposé plusieurs peines à purger de façon concurrente, alors que d'autres fois il a préféré prononcer une peine unique mais plus lourde. En revanche, la jurisprudence de la Cour a donné plus de clarté au sujet⁴⁶¹. En effet, il s'agit d'un aspect de la procédure particulièrement épineux, où le cumul des peines

⁴⁶¹ C.P.I., *Situation en République Démocratique du Congo. Le Procureur v. Germain Katanga*, Decision relative à la peine (article 76 du Statut), 26 mai 2014, cit., § 146, où la Chambre applique l'art. 78(3), en fixant une peine unique de 12 années d'emprisonnement.

implique le cumul des charges qui se basent sur les mêmes faits. Mais, celui des charges est un problème qui trouve son origine bien avant le moment de la décision, plus particulièrement au début du procès, lorsque le Procureur jouit d'une sorte de souveraineté en matière de formulation des chefs d'accusation, là où la défense n'a pas de possibilité de contester ou contrôler sa discrétion. Seule une fois les parties comparues devant la Chambre et l'égalité des armes établie, les charges peuvent être contestées par l'accusé en ce qui concerne leur formulation ou le fond de l'affaire. L'aspect de la procédure qui nous intéresse concerne les contestations sur les vices de forme de l'acte d'accusation, puisque, dans ce dernier cas, l'accusé peut choisir entre plusieurs options, à savoir: faire valoir le vice de forme de l'acte d'accusation⁴⁶² ; demander de rejeter certains des chefs d'accusation; demander à l'accusation de choisir entre plusieurs chefs d'accusation⁴⁶³. Dans la perspective d'une peine plus sévère, la défense, par le truchement de la Chambre peut demander à l'accusation de préciser si les chefs d'accusation doivent s'entendre comme alternatifs ou cumulatifs, ce choix n'est pas sans conséquences au moment de la décision sur la peine, qui sera plus lourde en cas de charges cumulatives.

En revanche, à l'époque où le caractère coutumier des crimes internationaux était plus évident – c'est à dire avant l'entrée en vigueur du Statut de Rome et des Eléments des crimes – la difficulté que les juridictions pénales internationales rencontraient dans l'individuation des éléments distinctifs de chaque crime ce fait en sorte que le recours au cumul soit préféré par rapport à un acte d'accusation présentant des chefs alternatifs, ce qui normalement implique une distinction plus précise des crimes en relation aux conduites. Il est compréhensible que la précision offerte par les charges alternatives est une garantie pour l'accusé, lequel sera en mesure de comprendre plus clairement et en détail les charges portées contre lui. A cet égard, afin de corriger le déséquilibre entre les deux parties antagonistes, la jurisprudence du T.P.I.Y. a affirmé que, tout en préservant les prérogatives inhérentes à son rôle d'organe des poursuites, le Procureur doit : limiter tout recours excessif au cumul des chefs d'accusation par rapport aux mêmes faits ; maintenir l'accusé informé de ses choix, facultés et droits ; demander l'autorisation à modifier l'acte d'accusation au cours du procès, s'il émerge qu'il s'agit d'un crime différent.

⁴⁶² A cet égard, voy. T.P.I.Y., *Le Procureur v. Celebici*, Chambre d'appel, Jugement, 16 novembre 1998, IT-96-21, § 400; T.P.I.R., *Le Procureur v. Nahimana*, Décision relative à l'exception soulevée par la défense sur les vices de forme de l'acte d'accusation, 24 novembre 1997, ICTR-96-8, § 37 ; I.C.T.R., *Le Procureur v. Akayesu*, Jugement, cit., §§ 464-465.

⁴⁶³ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Kupreskic*, Jugement, 14 janvier 2000, IT-95-16, §§ 637-748 ; T.P.I.Y., *Le Procureur v. Kordic*, Décision relative à la défense aux fins de rejeter des chefs d'accusation ou, dans l'alternative, d'ordonner au Procureur de faire un choix entre différents chefs, 1 mars 1999, IT-95-14/2.

A bien réfléchir, au lieu de rétablir l'équilibre perdu, cette dernière faculté du Procureur est susceptible de provoquer un déséquilibre encore plus marqué entre les deux parties, si l'on considère que la modification de l'acte d'accusation peut impliquer la contestation d'un crime plus grave. Il s'en suit que des problèmes se posent quant à la violation du droit de l'accusé à connaître préalablement et de façon précise les crimes dont il est présumé responsable et de disposer du temps nécessaire pour préparer sa défense, surtout s'il s'agit d'inculpations différentes et plus graves, qui nécessitent d'une défense plus complexe. Il est évident que la modification *in pejus* des charges, d'autant plus si elle se vérifie dans une phase des débats déjà avancée, oblige à calibrer ou, selon le cas, à reformuler presque *ex novo* une stratégie qui au début présentait un niveau de difficulté mineure⁴⁶⁴. Il faut reconnaître que le Statut de Rome ne contribue pas à simplifier le problème.

Selon la jurisprudence du T.P.I.Y., le cumul des charges est admissible quand chaque crime se présente distinct par rapport à l'autre⁴⁶⁵, à savoir quand plusieurs charges différentes couvrent plusieurs conduites présentant un élément de distinction, tout en restant dans le cadre des mêmes faits. Dans ce cas, le critère qui guidera la Chambre sera la protection des garanties de l'accusé. En effet, quand cet élément de distinction ne figure pas, la Chambre doit choisir quel chef abandonner, en choisissant de retenir celui qui, dans l'intérêt de l'accusé, résulte le plus spécifique, en évitant ainsi toute généralité de l'incrimination. La jurisprudence a mis en garde de tout usage indiscriminé et désinvolte du cumul, qui risque toujours de mettre l'accusé dans la position de subir, pour les fins de la justice, « *la stigmatisation* » propre à celui qui est condamné pour des crimes supplémentaires par rapport aux mêmes faits⁴⁶⁶. En d'autres termes, comme il est interdit qu'avec des peines concurrentes, l'accusé soit condamné plusieurs fois pour les mêmes faits, le cumul des charges – ainsi comme d'ailleurs le cumul des peines - ne peut permettre d'agrandir les responsabilités du condamné en relations aux mêmes faits. Dans l'un des cas, il s'agit d'éviter l'effet d'une peine injustement plus lourde, dans l'autre cas d'éviter plutôt les effets d'une réprobation plus importante d'un point de vue moral plutôt que légal. D'ailleurs, comme nous l'avons déjà souligné, le discours sur la peine n'est pas disjoint de celui sur les charges et toute clarté initiale sur les charges peut ensuite éviter des problèmes au moment de la détermination de la peine.

⁴⁶⁴ D'ailleurs, selon la Commission européenne des droits de l'homme, il n'y a pas de violation du principe de légalité de la peine lorsque, à la suite d'une interprétation raisonnable de la loi, le juge procède à la requalification d'une infraction même si cela a pour conséquence une peine plus sévère, étant suffisant que la requalification ne porte pas sur une infraction qui n'était pas considérée comme telle au moment des faits, voy. Comm. EDH, 6 mai 1985, req. N° 11130/84, *Gerlach c/ RFA* : DR 43/210.

⁴⁶⁵ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Kupreskic*, Chambre d'appel, Jugement, 23 octobre 2001, cit., § 385 ; T.P.I.Y., *Le Procureur v. Celebici*, cit., §§ 412-413 ; T.P.I.R., *Le Procureur v. Musema*, Chambre d'appel, Arrêt, 16 novembre 2001, ICTR-96-13, §§ 358-370.

⁴⁶⁶ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Kunarac*, Chambre d'appel, Arrêt, 12 juin 2002, IT-96-23, §§ 169-172.

v. *L'exécution de la peine*

Un autre aspect procédural de la peine concerne son exécution. En outre, la normative sur l'exécution de la peine confirme le lien entre le système national et international, puisque la C.P.I. doit faire recours à la coopération volontaire, à l'assistance et à la disponibilité des Etats pour mettre en exécution leurs condamnations, du fait du manque d'instruments institutionnels d'exécution. Le principe à la base du Statut de Rome est que « *les Etats Parties doivent partager la responsabilité de l'exécution des peines d'emprisonnement conformément aux principes de répartition équitable énoncés dans le règlement de procédure et de preuve* », afin de traduire dans la coopération l'esprit conventionnel du Statut⁴⁶⁷. Toutefois les Etats doivent manifester leur disponibilité, ou du moins, indiquer les limites de leur disponibilité, comme la disponibilité sous réserve d'accepter uniquement un certain nombre de condamnés ou leurs ressortissants et résidents⁴⁶⁸.

A travers l'interaction entre dimension nationale et internationale, le système d'exécution de la peine propre à la justice pénale internationale présente, dans le Statut de la C.P.I., un caractère novateur et une réglementation toute particulière⁴⁶⁹. Dans ce domaine, la normative de la C.P.I. diverge de celle des T.P.I. à cause de sa compétence subsidiaire par rapport à la primauté des Tribunaux *ad hoc* sur les juridictions nationales. Ce qui est certain est que la peine infligée a un caractère international, alors que la normative régissant son exécution est nationale, bien que la Cour ne perde pas son contrôle contre tout dépassement grave des règles conventionnelles en matière de traitement des détenus, largement acceptées au niveau international. En général, la Cour maintient son autorité sur la purge de la peine, y compris sa durée⁴⁷⁰ et, après un certain nombre d'années déjà purgées, la Cour procède périodiquement à examiner la possibilité d'une réduction de la durée de la peine sans aucune demande préalable de l'intéressé. Chose qui augmente les garanties pour le condamné tout au long de la détention, par rapport à la normative des T.P.I.. Par contre, les Etats Parties sont obligés d'exécuter la peine, ne pouvant la modifier en aucun cas⁴⁷¹, et doivent faire en sorte que les communications entre le condamné et la Cour soient libres et confidentielles⁴⁷².

⁴⁶⁷ C.P.I., art. 103(3)(a).

⁴⁶⁸ *Ibid.*, art. 103; voy. également surtout la pratique du T.P.I.Y. in *Annuaire du T.P.I.Y.* (1994), p.161 et s., 1995, p. 329 et s., 1996 p. 226 et s.

⁴⁶⁹ Voy. H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *Droit international pénal, op. cit.*, p. 849-854.

⁴⁷⁰ C.P.I., art. 106.

⁴⁷¹ *Ibid.*, art. 105(1).

⁴⁷² *Ibid.*, art. 106(3).

Le contrôle que la Cour exerce quant à la conformité de l'exécution aux principes internationaux sur la protection des détenus assure, d'une part, le respect de la légalité de la peine et d'autre part, l'égalité de la peine, dans la mesure où elle sera purgée à la même manière par tous les condamnés détenus dans les quartiers pénitentiaires d'Etats différents⁴⁷³. L'autorité de la Cour s'exerce une fois de plus en cas d'évasion du condamné, car elle peut intervenir pour solliciter à l'Etat dans lequel le condamné se trouve, sa remise à l'Etat où il purgeait sa peine ou à un autre Etat désigné par la Cour⁴⁷⁴. Les garanties de la personne condamnée couvrent le moment où la C.P.I. désigne l'Etat chargé de l'exécution, dans la mesure où elle prend en considération « *les vues de la personne condamnée* »⁴⁷⁵. Enfin, l'absence de moyens d'exécution institutionnel spécifique des juridictions pénales internationales est en partie mitigé en ce qui concerne la Cour, puisqu'en manque d'Etats disponibles pour l'exécution, la peine d'emprisonnement est purgée dans un établissement pénitentiaire fourni par l'Etat hôte, à savoir les Pays Bas⁴⁷⁶.

vi. Le droit à la réduction de la peine

L'accusé peut demander une réduction de la peine, qui cependant n'est possible que s'il a déjà purgé les deux tiers de la peine ou a déjà accompli 25 années d'emprisonnement, en cas de condamnation à perpétuité⁴⁷⁷. En matière de réduction de la peine, la réglementation détaillée souligne une protection particulière du détenu. Après avoir entendu le condamné, la Cour réexamine périodiquement sa situation et décide sur la réduction, alors que l'Etat chargé de l'exécution n'est pas tenu à libérer la personne avant la fin de la peine prononcée par la C.P.I.⁴⁷⁸. En outre, après une première décision négative sur la réduction, la Chambre d'appel désigne trois juges chargés de réexaminer la question tous les trois ans et, s'ils trouvent les circonstances qui justifiaient la détention sensiblement modifiées, ils autorisent le condamné à demander un réexamen de la question⁴⁷⁹. La Cour décide donc favorablement si elle vérifie un changement des circonstances qui avaient déterminé la peine ou si elle constate un comportement coopératif spontanée de l'accusé à l'égard des enquêtes, mais surtout à l'égard de l'exécution des mesures ordonnées en faveur des victimes⁴⁸⁰, car les juges doivent évaluer l'existence de toute action

⁴⁷³ En particulier, les normes internationalement reconnues sont : les Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus adoptés par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 45/111, le 14 décembre 1990 et l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme de détention quelconque ou d'emprisonnement, adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 43/173, le 9 décembre 1988.

⁴⁷⁴ C.P.I., art. 111.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, art. 103(3)(c).

⁴⁷⁶ *Ibid.*, art. 103(4).

⁴⁷⁷ M.-C. BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, *op. cit.*, pp. 276-277.

⁴⁷⁸ C.P.I., art. 110(1)(2)(3).

⁴⁷⁹ *Ibid.*, règle 224(3).

⁴⁸⁰ *Ibid.*, art. 110(4).

significative que le condamné a entrepris en faveur des victimes et quelle répercussion sur celles-ci peut avoir sur une libération anticipée⁴⁸¹.

Au travers de l'analyse de la normative sur la réduction de la peine, il faut noter l'effort d'équilibrer deux intérêts opposés, d'une part celui du condamné à faire valoir ce qui pourrait être défini comme un vrai droit à la réduction – un droit qui, toutefois, est conditionné à la vérification d'une série de conditions -, et d'autre part les intérêts des victimes à la réparation, à la protection, à la vérité et à tout aspect positif qu'une poursuite peut leur donner. Le respect des droits de ces parties est démontré par la procédure nécessaire pour la décision portant sur la réduction de la peine. Il s'agit d'une procédure qui reproduit le procès, dans la mesure où elle se déroule au cours d'une audience tenue à titre exceptionnel, où le condamné peut se faire assister par un conseil et où toutes les autres parties impliquées, à savoir le Procureur, les Etats chargés de l'exécution, les victimes et leur représentants légaux sont invitées à participer. Afin de décider sur la réduction, la Cour devra se tenir à d'autres critères, tels que : la possibilité de réinsertion sociale, les conditions de santé physique ou mentale, l'âge du condamné, l'absence de risques pour l'instabilité sociale qu'une libération anticipée pourrait causer, sans négliger la démonstration que la période de détention a produit dans l'accusé une volonté de désavouer le crime⁴⁸². Le crédit pour la détention préventive déjà purgé par le condamné n'a pas de rapport avec la réduction de la peine et sera analysé dans la partie sur la détention préventive.

§ 2. De la non-rétroactivité

Le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale prescrit que l'imputabilité d'une conduite, en tant que crime, n'est pas admise quand la criminalisation de la conduite est successive à la conduite. Dans le cadre de la justice pénale internationale, le principe a subi les conséquences de la nécessité prioritaire de réprimer, ce qui a permis souvent que la création de certaines juridictions et la criminalisation de certaines conduites soit successive à leur commission (A). La C.P.I. est la seule juridiction compétente pour des crimes commis après son institution et dont le Statut assure le respect de la non-rétroactivité (B).

A. La consécration du principe dans le Statut de Rome

⁴⁸¹ *Ibid.*, règle 223(d).

⁴⁸² C.P.I., règle 223(a)(b)(c)(e).

L'article 24 du Statut de la Cour a cristallisé le principe de la non-rétroactivité dans le cadre du procès pénal international (1), alors que la nature coutumière des crimes de droit international et l'exigence de lutter contre l'impunité pour ces crimes avaient permis à ce type de justice de négliger le principe pendant longtemps (2).

1. L'affirmation progressive en D.I.P.

Bassiouni indique la non-rétroactivité comme une troisième expression du principe de légalité plutôt que son corollaire, comme soutient la doctrine majoritaire⁴⁸³. Mais, bien que la non-rétroactivité soit strictement liée à la légalité, *nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali*, le Statut de Rome lui consacre un article à part⁴⁸⁴. L'importance de son inclusion dans le Statut de Rome fut souligné en 1996 par le Comité préparatoire, qui le considérait fondamental pour tout système pénal national⁴⁸⁵. Toutefois, le principe de la non-rétroactivité n'a pas toujours jouit de la même autorité en D.I.P. Sa cristallisation dans l'art. 24 du Statut de la Cour marque donc la consécration dans le cadre du procès pénal international d'un principe qui répond aux exigences de sécurité juridique et qui a suivi un processus difficile d'affirmation en D.I.P., où l'urgence de punir les violations importantes des droits de l'homme a souvent prévalu sur l'exigence de prévisibilité de la loi et donc sur le droit de l'individu à être protégé contre toute rétroactivité de la loi pénale. D'ailleurs, les difficultés doivent être considérées en rapport à des infractions déclarées imprescriptibles par la Convention internationale sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (1968) et par d'autres documents internationaux, à cause de leur gravité exceptionnelle. Il s'agit de conduites criminelles concernant des faits sur lesquels s'est formé la croyance de la communauté internationale de la nécessité de les sanctionner à n'importe quel moment, puisqu'elles menacent les valeurs éthiques appartenant à la société internationale toute entière. Le Statut de la Cour précise que « *les crimes relevant de la compétence de la Cour ne se prescrivent pas* »⁴⁸⁶.

Pendant longtemps l'argument d'ordre moral a donc subi les conséquences du caractère *sui generis* de la normative internationale, qui n'est pas toujours englobé dans des textes écrits ; cela a souvent justifié l'absence d'une vraie codification de certains crimes internationaux en vertu de

⁴⁸³ M.-C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, op. cit., p. 55

⁴⁸⁴ C.P.I., art. 24, « 1. Nul n'est pénalement responsable, en vert du présent Statut, pour un comportement antérieur à l'entrée en vigueur du Statut. 2. Si le droit applicable à une affaire est modifié avant le jugement définitif, c'est le droit le plus favorable à la personne faisant l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une condamnation qui s'applique ».

⁴⁸⁵ Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court (Vol. I, Proceedings of the Preparatory Committee), in UN GAOR, 51st Sess., Supp. No. 22A (A/51/22), 1996, para. 70.

⁴⁸⁶ C.P.I., art. 29.

l'argument de leur existence au niveau de la coutume, argument d'ailleurs contesté par les accusés, qui ajoutaient aux critiques sur la légalité celles sur l'application rétroactive du D.I.P., puisque, à l'exception de la C.P.I., la création de toutes les juridictions pénales internationales, ainsi que la rédaction de leurs Statuts, a été successive à la perpétration des crimes. « *La Cour n'a compétence qu'à l'égard des crimes relevant de sa compétence commis après l'entrée en vigueur du présent Statut* » et, lorsqu'un Etat devient Partie au Statut de Rome après son entrée en vigueur pour l'Etat Partie. La Cour exerce donc sa compétence uniquement à l'égard des crimes commis après l'entrée en vigueur du Statut pour l'Etat concerné⁴⁸⁷, sauf acceptation formelle d'un Etat non Partie⁴⁸⁸, voir le cas de la Côte d'Ivoire⁴⁸⁹. Ainsi, les deux principes de légalité et de non-rétroactivité se croisent lorsqu'il faut établir la compétence de la Cour.

2. Les atteintes au principe en D.I.P.

A l'exception de la Cour, toutes les autres juridictions pénales internationales ont été créées après la perpétration des crimes poursuivis. Surtout devant les instances précédentes à la Cour, la défense a beaucoup critiqué cette circonstance, évoquant la violation du principe de non-rétroactivité (a). A cet égard, la jurisprudence sur les droits de l'homme a fondé dans le droit coutumier la criminalisation desdits crimes (b).

a. La non-rétroactivité dans le cadre des instances précédentes à la Cour

L'article 6 du Statut du Tribunal de Nuremberg faisait référence à des crimes déjà perpétrés avant son introduction, qui avaient été définis *ex-post facto*, alors que, selon le principe de la non-rétroactivité, ils auraient dû être établis par une loi antérieure à la perpétration des conduites criminelles⁴⁹⁰. Pendant le procès, la défense avait focalisé sur ce point ses arguments. Selon la

⁴⁸⁷ *Ibid.*, art. 11(1)(2).

⁴⁸⁸ *Ibid.*, art. 12(3).

⁴⁸⁹ En date 18 avril 2003, le Gouvernement de la République de Côte d'Ivoire a reconnu la compétence de la Cour, conformément à l'art. 12(3) du Statut « *afin d'identifier, de poursuivre, de juger les auteurs et complices des actes commis sur le territoire ivoirien depuis les événements du 19 septembre 2002* ». Il s'agissait d'une déclaration avec une durée indéterminée que, le 14 décembre 2010, a été confirmée par le nouveau Président de la République ivoirienne, Alassane Ouattara, qui a confirmé également l'engagement de la Côte d'Ivoire à coopérer avec la Cour ; voy. la Déclaration de reconnaissance du Gouvernement de la Côte d'Ivoire du 18 avril 2003 et la Confirmation de la Déclaration de reconnaissance du 14 décembre 2010.

⁴⁹⁰ En particulier, le Statut de Nuremberg, à savoir l'Accord de Londres, fut accusé d'être une incrimination *ex post facto* car les crimes poursuivis par la Charte avaient été définis après leur perpétration. Le Tribunal de Nuremberg rejeta cette critique, en faisant référence aux Conventions de la Haye (1899 et 1907), en ce qui concerne les crimes de guerre et au Pacte Briand-Kellog (1928), pour les crimes contre la paix, car ce dernier interdisait le recours à la guerre comme moyen de résolution des controverses internationales. Contre les argumentations qui demandaient le respect du principe de la non-rétroactivité pour les crimes contre l'humanité, le Tribunal opposa génériquement la nécessité de ne pas

jurisprudence du T.M.I.N., le Statut du Tribunal n'était que l'expression d'un droit dynamique, destiné à s'adapter aux exigences changeantes de la communauté internationale. Le droit international contenu dans le Statut était donc le droit applicable au moment de l'entrée en vigueur du document fondateur du Tribunal de Nuremberg. Par conséquent, la référence législative n'était pas uniquement le Statut, mais le droit international tout court. Des critiques analogues ont concerné les deux Tribunaux *ad hoc*, car ils ont été institués après la perpétration des crimes qu'ils devaient juger. D'ailleurs, leur juridiction s'est enracinée à l'issue et, dans certains cas, même au cours des événements dramatiques qui se sont vérifiés dans l'ex-Yougoslavie et au Rwanda. Mais, contrairement au Tribunal de Nuremberg, la compétence *ratione materiae* des T.P.I. devait couvrir des conduites déjà criminalisées avant leur création, conformément aux normes du droit international humanitaire existant et faisant désormais indiscutablement partie du droit coutumier, même si les Statuts qui instituaient la juridiction des Tribunaux étaient successifs à la commission des crimes⁴⁹¹.

Il faut néanmoins considérer que la finalité des T.P.I. ne se limitait pas à la punition des responsables, ayant également celle - malheureusement pas toujours atteinte - de décourager certaines actions, d'arrêter les massacres et d'instaurer un processus de réconciliation à travers la justice⁴⁹². Il s'agit d'une circonstance qui légitimait également le fait que les deux Tribunaux, justement parce qu'ils ont été créés dans une situation d'urgence, ne furent pas dotés à l'avance de Règlements de procédure et de preuve. Les juges durent donc les créer. Malgré ces lacunes formelles, les Statuts des T.P.I., loin de constituer une vraie codification des crimes de compétence des T.P.I., contiennent implicitement le principe, alors qu'il est formellement prévu par le Statut de Rome. La jurisprudence des T.P.I. a beaucoup contribué à élucider tout aspect lié à la définition des crimes, en soulignant le respect du principe de la part des deux Tribunaux⁴⁹³. De fait, conformément à la jurisprudence du T.M.I.N., le T.P.I.Y. a réfuté les contestations de la défense de Tadić concernant l'application rétroactive du Statut et le fondement coutumier des crimes poursuivis. Mais, aux arguments sur le droit matériel, le T.P.I.Y. a ajouté des arguments procéduraux,

laisser impunis les crimes commis par les Nazis ; voy. T. TAYLOR, *The Anatomy of the Nuremberg Trials*, *op. cit.*, pp. 165-207.

⁴⁹¹ A savoir : les Conventions de Genève de 1949, la IV Convention de l'Haye sur les lois et coutumes de guerre de 1907, la convention sur le Génocide de 1948, le Statut du T.I.M.N. du 8 août 1948 ; Voy. les Résolutions du Conseil de Sécurité n° 808 et n° 827, qui posent des limites à la compétence matérielle ; voy. également le Rapport du Secrétaire Général, Report of the Secretary-General Pursuant to Paragraph 2 of the Security Council Resolution 808 (1993), S/25704, par. 34.

⁴⁹² E. GRANDE, « Droit pénal et principe de légalité : la perspective du comparatiste », in E. Fronza/S. Manacorda (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc*, Dalloz, Paris, 2003, p. 69 et s.

⁴⁹³ Voy. T.P.I.R., *The Prosecutor v. Rutaganda*, Trial Chamber, Judgment and Sentence, 6 December 1999, ICTR-96-3T, par. 86, où le Tribunal s'est posé la question de vérifier si l'art. 3 commun aux trois Convention de Genève faisait partie du droit coutumier.

subordonnant toute application des normes substantielles au respect des normes procédurales et, surtout, des règles gouvernant le procès équitable⁴⁹⁴.

b. Le fondement coutumier de la criminalisation *ex post*

Avant d'arriver au Statut de Rome, le principe s'était graduellement enraciné dans les conventions internationales et régionales⁴⁹⁵, mais surtout dans la jurisprudence sur les droits de l'homme, qui a vérifié si, dans certains cas, l'évolution de la coutume sociale, même au niveau national, pouvait avoir produit la criminalisation de certaines conduites dont la réprobation morale demandait une réponse répressive adéquate⁴⁹⁶. Dans ces cas, la criminalisation *ex post facto* s'est accomplie souvent par le biais d'une interprétation extensive de normes déjà existantes, à travers des adaptations jurisprudentielles extensives visant à rendre actuelles des normes préexistantes plus générales, afin de permettre la punition de conduites contraires au droit international. D'ailleurs, l'art. 15 du P.I.D.C.P., en parlant du principe de la non-rétroactivité, fait référence aux « *principes généraux de droit reconnus par l'ensemble des nations* ». L'adaptation interprétative jurisprudentielle concerne une forme de rétroactivité dite « indirecte », dont l'inviolabilité n'est pas absolue⁴⁹⁷.

Mais, les nombreuses critiques envers cette œuvre d'élaboration jurisprudentielle et envers cette sorte de procédure d'adaptation étaient liées à la nécessité de respecter les principes généraux du droit⁴⁹⁸ et d'éviter la création *ex novo* de normes pénales par rapport à des conduites déjà accomplies. En fait, ce qui s'était produit a été la reformulation de normes déjà existantes que l'élaboration jurisprudentielle a adapté aux changements sociaux et aux nouvelles menaces contre le

⁴⁹⁴ I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Tadić*, Appeal Chamber, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, cit., § 45.

⁴⁹⁵ Voy. l'art. 15 du P.I.D.C.P., l'art. 11 D.U.D.H., l'art. 7 C.E.D.H. et les Conventions de Genève et les Protocoles Additionnels, en particulier l'art. 99 de la Convention (III) relative au traitement des prisonniers de guerre « *Aucun prisonnier de guerre ne pourra être poursuivi ou condamné pour un acte qui n'est pas expressément réprimé par la législation de la Puissance détentrice ou par le droit international qui sont en vigueur au jour où cet acte a été commis [...]* ».

⁴⁹⁶ A cet égard, il faut mentionner la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la configuration, en tant que crime, du viol dans le cadre du mariage, en considération du fait que dans une société civilisée le viol, n'importe contre qui il est perpétré, doit être en tous cas poursuivi, conformément à la C.E.D.H., qui oblige au respect de la dignité humaine. En particulier, dans l'affaire *Cantoni v. France*, malgré l'absence d'une criminalisation formelle de la conduite spécifique, la Cour a établi que la norme est déjà existant en termes générales et par conséquent, la contrariété d'une certaine conduite à la loi est prévisible par la personne ; voy. C.E.D.H., *Cantoni c. France*, Chambre, Arrêt, req. 17862/91.

⁴⁹⁷ Alors que l'application « directe » de la rétroactivité implique l'instrument législatif. Pour la distinction entre rétroactivité directe et indirecte, voy. D. SCALIA, « Art. 24. Non-rétroactivité *raionae personae* », in J. Fernandez/X. Pacreau, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Editions Pedone, Paris, 2012, Tome II, p. 805.

⁴⁹⁸ Voy. l'extension aux conflits internes des crimes contestés à l'accusé Tadić effectué par la Chambre d'appel (Interlocutory appeal), sur la base de l'existence évidente de normes coutumières généralement acceptées à cet égard.

genre humain. Le Statut de Rome a éliminé toute possibilité de critique, dans la mesure où les articles 24 du Statut sur la non-rétroactivité *ratione personae*, et l'art. 29 sur l'imprescriptibilité, conjointement aux articles 5, 6, 7, 8 et à toute la réglementation détaillée contenue dans les Eléments des crimes, ont le mérite d'élucider un aspect du D.I.P. resté pendant longtemps négligé à cause de la nature particulière des crimes et d'un degré encore imparfait de la machine répressive internationale.

B. L'art. 24 : le droit à la non-rétroactivité et à la rétroactivité

Le Statut de Rome représente la référence chronologique pour activer la compétence de la Cour et donc pour rendre punissables les crimes de sa compétence (1). Mais, le Statut est également la référence normative pour l'application d'une forme de rétroactivité favorable à l'accusé (2).

1. Le moment de la rétroactivité

Selon l'interprétation de l'art. 24, le 1^{er} juillet 2002, *i. e.* le moment de l'entrée en vigueur du Statut, est le seuil temporel qui fixe la limite de la loi applicable. Cette date autorise donc l'applicabilité du droit statutaire pour tout crime de compétence de la Cour commis successivement à celle-là. La doctrine a cependant souligné la flexibilité de ce délai, car dans les faits l'entrée en vigueur du Statut pour un Etat coïncide plutôt avec la date de ratification du document fondateur de la Cour, qui n'est pas la même pour chaque Etat signataire⁴⁹⁹. En particulier, le problème que la doctrine s'est posé a concerné l'applicabilité du Statut au-delà de la règle générale du moment de son entrée en vigueur. En outre, elle s'est posé la question de savoir si une déclaration d'acceptation *ad hoc* de la part d'un Etat pouvait faire rétroagir l'applicabilité du Statut, et donc étendre la compétence de la Cour aux conduites commises avant ladite date officielle. Reprenant la jurisprudence de Nuremberg et des T.P.I., une partie de la doctrine soutient que la volonté exprimée par un Etat peut faire rétroagir la compétence de la Cour, lorsqu'il s'agit de crimes de droit coutumier, puisqu'ils sont déjà criminalisés avant la date du 1^{er} juillet 2002⁵⁰⁰. Toutefois, cela n'empêcherait pas à la défense de s'opposer à la compétence de la Cour, niant le caractère coutumier des crimes tombant sous sa compétence⁵⁰¹, qui, comme nous l'avons vu, a été un

⁴⁹⁹ Voy. R. KOLB, *Droit international pénal*, Précis, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant, Bâle/Bruxelles, 2008, p. 245 ss.; W. A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 69.

⁵⁰⁰ En particulier, S. BOURGON, « Jurisdiction *Ratione Temporis* », in A. CASSESE et al. (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court : A Commentary*, Vol I, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 549-550.

⁵⁰¹ W. A. SCHABAS, *ibid.*, p. 71.

argument jurisprudentiel qui a souvent justifié aussi bien l'applicabilité rétroactive de la norme incriminatrice que la compétence des juridictions pénales internationales autres que la Cour. Mais, dans cet argument, l'attention est portée plus sur la compétence que sur l'applicabilité rétroactive de normes incriminatrices, dans la mesure où ces dernières ne présentent pas de caractère novateur propre à une loi introduite *ex novo*. La connexité entre l'art. 24 du Statut et l'art. 11 sur la compétence *ratione temporis* est d'ailleurs très stricte. Dans la même perspective, le Conseil de Sécurité ne pourra pas déférer une affaire à la Cour pour des conduites commises avant la date officielle d'entrée en vigueur du Statut⁵⁰².

Comme l'a justement relevé W. Schabas, un problème se pose pour les crimes ayant un caractère continu dont le début pourrait se placer avant l'entrée en vigueur du Statut de Rome. En réalité, le doute avait été déjà avancé lors de la Conférence de Rome, où la solution a enfin été confiée aux juges de la Cour chaque fois que le problème se présentera⁵⁰³. Plus précisément, le problème concerne surtout les crimes contre l'humanité⁵⁰⁴, notamment les disparitions forcées, lorsque la disparition a été perpétrée avant l'entrée en vigueur du Statut et continue après cette date, ce qui se vérifie souvent dans le cas où à une population déplacée est empêché dans son retour en patrie⁵⁰⁵. En la matière, la jurisprudence de la Cour a déjà abordé le sujet concernant d'enroulement d'enfants soldats⁵⁰⁶. A cet égard, il faut souligner qu'auparavant les juges du T.P.I.R. avaient tranché, en statuant que lorsque le génocide rwandais du 1994 avait été anticipé par des actes d'entente, ceux-ci, étant des infractions formelles continues ayant conduit à un génocide, elles relevaient de la compétence du Tribunal⁵⁰⁷.

2. La rétroactivité *in mitius*

Le paragraphe 2) de l'art. 24 énonce un principe qui s'oppose et va au-delà de la simple interdiction de la rétroactivité, il s'agit du principe de la rétroactivité *in mitius*. Aux termes de ce principe, lorsque le droit applicable change au cours d'une affaire, c'est la norme la plus favorable qui s'applique. Selon la lettre de l'article, l'ampleur de l'efficacité de la rétroactivité *in mitius* n'est pas limitée à l'accusé, puisqu'elle s'étend également à la personne qui fait simplement l'objet

⁵⁰² C.P.I., art. 13(b).

⁵⁰³ Doc. ONU A/CONF.183/C.1/L.65/Rev. 1, p. 2.

⁵⁰⁴ C.P.I., art. 7(1)(i)(2)(i).

⁵⁰⁵ W. A. SCHABAS, *ibid.*, p. 72.

⁵⁰⁶ C.P.I., *Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, 9 janvier 2007, ICC-01/04-01/06, § 238.

⁵⁰⁷ T.P.I.R., *Le Procureur v. Hassan Ngeze*, Chambre de première instance I, Décision sur la requête du Procureur en modification de l'acte d'accusation, 5 novembre 1999, TPIR-97-27-I, § 3.

d'investigations, il suffit que la loi la moins défavorable ait été introduite avant le jugement définitif, en effet « ... *c'est le droit le plus favorable à la personne faisant l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une condamnation qui s'applique* »⁵⁰⁸.

En tant que troisième *genus* du principe de légalité, la non-rétroactivité s'applique aussi bien à la loi qu'à la peine. Quant au deuxième aspect, en matière de rétroactivité *in mitius*, la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur l'applicabilité rétroactive d'une peine plus douce intervenue successivement aux faits, sur la base de son caractère plus favorable à l'accusé par rapport à la peine applicable selon la normative en vigueur au moment du crime⁵⁰⁹. En réalité, la réglementation et la pratique pénale internationale ont démontré que le respect de ce principe est plus souple au regard de la peine, qui, comme nous l'avons analysé, présente un caractère plutôt incertain dans la normative statutaire⁵¹⁰. Par ailleurs, l'attention mineure attention portée à la peine - qui représente toujours un moment de la procédure judiciaire crucial pour l'accusé - est soulignée également par la non mention explicite de la peine dans l'article 24 du Statut de la Cour.

Section II. Les garanties de fond et institutionnelles

La complexité de la procédure devant la Cour ne peut négliger les autres principes attachés à la défense, auxquels le Statut consacre une réglementation spécifique. Ainsi, le principe *ne bis in idem*, celui de la présomption d'innocence (§ 1) et le droit à une Cour indépendante et impartiale (§ 2) présentent des caractères typiques dans le cadre du procès devant la Cour.

§ 1. Les garanties substantielles du *ne bis in idem* et de la présomption d'innocence

Contrairement au principe de légalité, le principe *ne bis in idem* a jouit d'une considération différente au niveau international et le Statut de Rome en souligne la complexité sur le plan des rapports entre la Cour et les autres juridictions (A). Mais, un procès équitable comprend également le droit de l'accusé à être présumé innocent jusqu'à une condamnation définitive qui a statué sur la responsabilité pénale au-delà de tout doute raisonnable (B).

A. L'art. 20 : le principe *ne bis in idem*

⁵⁰⁸ C.P.I., art. 24(2).

⁵⁰⁹ En particulier, il s'agissait de préférer l'emprisonnement à perpétuité, en tant que *lex mitior*, au lieu de la peine de mort, qui était prévue par la législation précédente. Voy. C.E.D.H., *Karmo c. Bulgarie*, requête n° 76965/01, Décision sur l'admissibilité, 9 février 2006.

⁵¹⁰ Voy. D. SCALIA, *Du principe de légalité des peines en droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

Contrairement au principe de légalité, ce principe a joui d'une considération différente au niveau international. Connu dans différents systèmes juridiques, la *res judicata pro veritate habetur* fait qu'une personne ne peut pas être poursuivie et jugée pour les mêmes faits ou pour les mêmes crimes que ceux pour lesquels elle a déjà été acquittée ou condamnée par un jugement faisant autorité de chose jugée, conformément à la loi et à la procédure pénale du pays concerné. Il trouve ses racines dans les droits de l'homme et dans le droit coutumier, en tant que pilier de la justice pénale tantôt nationale tantôt internationale. Il apparaît dans plusieurs instruments internationaux⁵¹¹ et sa *ratio*, loin de représenter uniquement une sorte de protection de l'administration régulière de la justice, demeure surtout dans l'exigence humanitaire de protéger l'individu au sein du contexte judiciaire de toute conséquence découlant du cumul des compétences. Respecté déjà formellement dans le droit international humanitaire⁵¹², les Statuts des T.P.I. lui ont consacré des articles⁵¹³ (1). Également l'article 20 du Statut de Rome prévoit le principe *ne bis in idem* en tant que limite pour la recevabilité de l'affaire par la Cour, avec des conséquences importantes sur la protection des garanties de l'accusé, parmi lesquelles le droit de l'accusé à la rétroactivité *in mitius* (2).

1. La protection contre toute incrimination multiple

Si le principe évoqué présente une réglementation précise dans le contexte national, il devient beaucoup plus complexe lorsqu'il est analysé au sein du contexte international, surtout dans le rapport entre juridictions nationales et internationales (a). L'un des problèmes porte sur ce que l'on entend par le terme *idem*, puisque cette expression n'a pas de connotation uniforme au niveau juridique, destinée à subir des traductions différentes (b).

a. Une double lecture nationale et internationale

La doctrine présente deux configurations de la protection offerte par le principe, à savoir: une à caractère interne, qui s'active lorsqu'une personne ne peut pas faire l'objet d'une procédure pénale

⁵¹¹ Voy. l'art. 4 du Protocole 7 de la C.E.D.H., « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat » et l'art. 14 du P.I.D.C.P. « Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de chaque pays » ; voy. également l'art. 8(4) de la C.A.D.H.

⁵¹² Voy. l'art. 86 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre.

⁵¹³ Voy. l'art. 10 du Statut du T.P.I.Y. « Nul ne peut être traduit devant une juridiction nationale pour des faits constituant des graves violations du droit international humanitaire au sens du présent statut s'il a déjà été jugé par le Tribunal international pour ces mêmes faits » ; voy. également l'art. 9 du T.P.I.R.

si elle a déjà été soumise à une procédure au sein du même État ; l'autre à caractère externe, qui se vérifie quand une personne est protégée par rapport à la juridiction d'un État alors qu'elle, pour la même conduite, a déjà été soumise à une procédure par une juridiction d'un État différent ou par une juridiction internationale. Au niveau national, il s'agit d'un principe qui, sans être universel, ressort du droit coutumier. Au niveau international, des incertitudes ont concerné le moment où ce principe aurait commencé à faire partie du droit coutumier. En particulier, dans les rapports mutuels entre les États, la tendance est généralement de respecter le jugement déjà rendu par la juridiction d'un État, même s'il y a des États qui ne sont pas du tout disposés à perdre leur pouvoir souverain quand le crime ou une partie du crime a été commis sur leur propre territoire. En effet, le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies a révéélé que le principe protège l'individu contre toute possible double incrimination dans le contexte national⁵¹⁴.

En général, par rapport aux crimes de droit international, l'intérêt particulier des États souverains est soumis à l'intérêt que la communauté internationale porte à la punition de certaines violations graves des droits de l'homme. Or, la nature coutumière de cette catégorie de crimes doit se confronter avec la nature coutumière du principe *ne bis in idem*. La décision de la juridiction nationale sera respectée sans réserves par la justice internationale, surtout la C.P.I., mais à condition qu'elle ait respectée les garanties prévues par le droit international et les règles du procès équitable⁵¹⁵. En d'autres mots, lorsque la procédure nationale a été menée de manière impartiale, indépendante et dans le respect des droits de l'accusé, la juridiction internationale doit, comme règle générale, respecter la chose jugée. La même règle protège les décisions prononcées par les juridictions internationales. Toutefois, en matière de poursuites internationales, il faut toujours considérer que la juridiction de plusieurs instances internationales s'impose sur les juridictions nationales, puisque la juridiction des deux T.P.I., et d'autres instances, comme plus récemment le T.S.L., dérive d'une résolution contraignante du C.d.S. des N.U., qui est toujours l'expression de l'*opinio juris* de la communauté internationale sur des questions dépassant la dimension nationale. A cet égard, lorsque le Président de l'un des T.P.I. est informé de poursuites engagées par les autorités nationales à l'encontre d'une personne déjà jugée par le Tribunal, il peut informer le C.d.S. si l'Etat concerné refuse de se dessaisir de l'affaire. En ce qui concerne la C.P.I., bien que sa juridiction doive respecter la limite imposée par le principe de complémentarité, son Statut est l'expression aussi bien de la volonté des États Parties en faveur de la juridiction de la Cour, que d'une opinion communément partagée à l'égard d'un domaine particulier du droit international⁵¹⁶.

⁵¹⁴ Recommandation CPPR/C/31/D 204, 2 novembre 1986, *AP c. Italie*.

⁵¹⁵ C.P.I., art. 17(2)(c).

⁵¹⁶ Voy. A. CASSESE, *International criminal law, op.cit.*, pp. 319-321; W.-A. SCHABAS, *An Introduction to the*

b. L'énigme de l'*idem*

i. Le crime et le fait

Un point crucial de l'analyse du principe *ne bis in idem* est de comprendre ce que l'on entend par le terme *idem*, parce que c'est sur ce point que la protection de l'accusé contre tout risque de *double jeopardy* se fragilise, à cause de la multiplicité des expressions utilisées pour traduire le mot. En effet, le brocard latin *nemo debet bis vexari pro eadem causa* parle de même « cause », que les principaux instruments juridiques traduisent par le terme « faits ». La version française du P.I.D.C.P. utilise le mot « infraction », alors que la version anglaise utilise l'expression « offense » et les mêmes expressions sont utilisées par le Protocole 7 de la C.E.D.H.. Dans l'interprétation du mot *idem*, les systèmes juridiques nationaux donnent des significations différentes. D'une part, les systèmes anglo-saxons adoptent une interprétation plus rigoureuse du crime, entendu plus strictement comme acte criminel; en revanche, les systèmes de la *civil law* donnent une interprétation plus élargie, selon une conception plus générique de l'*idem* en tant que fait⁵¹⁷. Il est évident que l'interprétation peut se révéler plus ou moins favorable à l'accusé selon son degré d'extension, à savoir la garantie sera plus élargie si plus élargie est la portée de son interprétation. Or, puisque les instruments juridiques internationaux s'inspirent des systèmes nationaux, il s'en suit qu'aucune protection de ce que l'on définit un principe absolu serait apparemment offerte au niveau international, en manque d'une définition précise uniformément et universellement acceptée. Toute dérogation possible devient donc possible sur le plan international et transnational.

En ce qui concerne le Statut de Rome, la compétence de la Cour s'étend aux « crimes » commis, ce qui est confirmé par le choix terminologique adopté dans la version française. Toutefois, l'art. 20 du Statut utilise plusieurs expressions : « actes constitutifs de crimes » au paragraphe 1), « crime » au paragraphe 2), « comportement » au paragraphe 3)⁵¹⁸. Mais, un problème est posé par les systèmes juridiques nationaux qui ne présentent pas les mêmes crimes poursuivis par la C.P.I., et dont les conduites pourraient bien être classifiées selon des configurations juridiques différentes. Dans cette hypothèse, la même conduite est donc susceptible d'un double jugement, d'abord devant la C.P.I. et ensuite devant la juridiction nationale ou *vice versa*. C'est également

International Criminal Court, op. cit., pp. 85-89; A. HUET/R. KOERING-JOULIN, *Droit Pénal International*, PUF, Paris, 2001, p. 229 et s.; C. VAN DES WYNGAERT/G. STESENS, "The International *Non Bis In Idem* Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions", 48 *I.C.L.Q.* (1999), pp. 779-804.

⁵¹⁷ Voy. le "Connelly principle".

⁵¹⁸ Pour une analyse plus complète, il faut tenir compte des deux versions française et anglaise du Statut, cette dernière utilisant l'expression complexe suivante : « *conduct which formed the basis of crimes* ».

pour cette raison qu'il est demandé aux Etats Parties au Statut de Rome d'adapter leur législations au Statut. Le risque se pose particulièrement pour la C.P.I. plutôt que pour les autres juridictions internationales, à cause de sa compétence concurrente⁵¹⁹. Les Statuts des deux Tribunaux *ad hoc* et même celui du T.M.I.N. ont été plus rigoureux que le Statut de la C.P.I., dans la mesure où ils ont prévu de tenir compte du jugement précédemment émis par l'autre juridiction et de la sanction déjà purgée, sur la base de ce que la doctrine indique sous l'expression «*deduction of sentence principle*». Mais, il faut toujours tenir compte de la nature du T.M.I.N. et des deux Tribunaux *ad hoc*, qui ont joui d'une primatie sur les juridictions nationales, alors que la juridiction de la C.P.I. se fonde sur un acte conventionnel qui limite sa force contraignante aux Etats signataires du Statut qui ont volontairement accepté sa juridiction⁵²⁰.

ii. *Le critère « même personne - même comportement »*

En matière de *ne bis in idem*, la Cour s'est déjà prononcée dans l'affaire Gbagbo, à l'occasion de l'exception d'irrecevabilité soulevée par la défense de l'accusé, fondée sur l'existence de poursuites en cours en Côte d'Ivoire pour des crimes économiques que l'accusé aurait commis pendant la crise postélectorale, plus précisément il s'agissait de vol aggravé, détournement de deniers publics, concussion, pillage et atteinte à l'économie nationale. La défense a soutenu que «*la procédure engagée devant les juridictions nationales constitue la même affaire que celle portée devant la Cour car toutes deux s'inscrivent dans un même contexte, à savoir la crise postélectorale et la volonté alléguée de Laurent Gbagbo de mettre en œuvre une politique afin de rester au pouvoir*»⁵²¹. Or, puisque le sens de l'expression «*substantiellement le même comportement*» n'a pas été définitivement établi dans la jurisprudence de la Cour, la défense a invité la Chambre à l'interpréter *in favor rei*, en mettant l'accent sur le comportement général du suspect lié au contexte dans lequel les crimes ont été commis, plutôt que sur le comportement lié à la commission directe des crimes. Selon cette interprétation plus souple, l'existence d'une procédure nationale portant sur le même comportement général, mais sur des crimes ou des allégations de faits différents de ceux que recouvre l'affaire devant la Cour, rendrait l'affaire irrecevable. Contre l'exception d'irrecevabilité, le Procureur a contesté l'interprétation de la défense du critère «*même personne -*

⁵¹⁹ A.-M. LA ROSA, *Juridictions pénales internationales. La procédure et la preuve*, PUF, Paris, 2003, pp.132-136.

⁵²⁰ En effet, il faut souligner que la lettre de l'art. 20 du Statut ne peut être déconnectée de l'art. 17, qui établit le principe de complémentarité, qui limite la juridiction de la Cour au cas d'inaction des juridictions nationales pour manque de volonté ou pour incapacité de celles-ci. En outre, à la différence des Tribunaux *ad hoc*, la C.P.I. n'a pas de pouvoir contraignant ni aucune primatie par rapport aux juridictions nationales ; C. VAN DEN WYNGAERT/T. OGENA, "Ne bis in idem Principle, Including the Issue of Amnesty, in A. CASSESE/P. GAETA/ R.-W.-D. JONES (dir.), *The Rome Statute of the international Criminal Court: a commentary*, Vol. I, *op. cit.*, pp. 705-729.

⁵²¹ Voy. C.P.I., *Le Procureur v. Laurent Gbagbo*, Chambre préliminaire I, transcription de l'audience du 19 février 2013, ICC-02/11-01/11-T-14-ENG, p. 9, ligne 22, p. 10, ligne 12, ICC-02/11-01/11-436-Red-tFRA 12-12-2013 4/13 EC PT.

même comportement », alors que la Côte d'Ivoire a observé qu'aucune procédure était en cours au niveau national. La Chambre a répondu qu'il n'y avait pas de preuves que des mesures concrètes avaient été prises par la Côte d'Ivoire à l'encontre de Gbagbo au moment de la procédure sur la recevabilité et a enfin rejeté l'exception. Il faut observer avec un peu de regret que, dans ce cas, la Cour a préféré une solution sur le fond plutôt que se prononcer sur des questions juridiques qui auraient eu le mérite d'établir d'ores et déjà des critères interprétatifs utiles pour le respect d'un principe crucial pour la défense⁵²².

2. La portée du principe dans le Statut de Rome

L'ampleur de l'efficacité du principe se reflète sur la position de l'accusé, qui n'est pas simplement préservé de toute duplication d'une poursuite mais également de toute poursuite menée de manière inéquitable ou en violation des droits de l'accusé **(a)**. Pour cela la protection ne se limite pas aux jugements émis par la C.P.I., puisqu'elle s'étend aux jugements provenant de toute autre juridiction **(b)**.

a. Les effets sur les garanties procédurales

L'art. 20 du Statut de Rome protège la personne condamnée établissant que, à l'exception d'autres dispositions du Statut, «...*nul ne peut être jugé par la Cour pour des actes constitutifs de crimes pour lesquels il a déjà été condamné ou acquitté par elle*». Le principe limite donc la juridiction de la Cour par rapport aux poursuites menées et aux jugements prononcés par la Cour⁵²³. Selon Bassiouni, dans le Statut de Rome le principe est un corollaire du principe de complémentarité, comme il est reflété dans l'art. 17 qui règle les hypothèses de conflit de compétence entre la Cour et la juridiction nationale⁵²⁴. Le paragraphe 2) de l'art. 20 étend l'interdiction aux juridictions autres que la Cour, relativement aux crimes indiqués dans le Statut qui ont déjà fait l'objet d'un acquittement ou d'une condamnation de la part de la Cour. Toutefois, une exception au paragraphe 1) se trouve dans le paragraphe 3), qui indique deux cas particuliers où, à certaines conditions, un jugement émis par une autre juridiction peut faire l'objet d'une contestation de la part de la Cour, laquelle pourra donc «s'autosaisir» de l'affaire pour les mêmes faits. Les deux conditions exceptionnelles se vérifient quand: la procédure menée par l'autre

⁵²² C.P.I., Chambre préliminaire I, *Situation en République de Côte d'Ivoire. Affaire Le Procureur c. Laurent Gbagbo*, Décision sur la Requête relative à la recevabilité de l'affaire en vertu des articles 19 et 17 du Statut, Version publique expurgée, 11 juin 2013, ICC-02/11-01/11-436-Red-tFRA 12-12-2013 1/13 EC PT, §§ 6 à 9, 13-14, 19, 23 à 29.

⁵²³ C.P.I., art. 20.

⁵²⁴ M.-C. BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, op. cit., p. 260.

juridiction, mais concernant les crimes de compétence de la C.P.I., poursuivait la seule finalité de soustraire l'accusé à la juridiction de la Cour; ou la procédure activée par l'autre juridiction nationale n'a pas été menée de manière indépendante ou impartiale, ou a violé le droit à un procès équitable⁵²⁵. En d'autres termes, si une poursuite a été menée de la manière décrite dans l'alinéa b) du paragraphe 3, elle est incompatible avec la volonté de traduire l'accusé en justice, car il ne s'agit pas d'une forme correcte de justice. En somme, les deux conditions exceptionnelles n'expriment que la même préoccupation, celle de ne pas soustraire la personne à sa responsabilité pénale, mais en même temps de la préserver contre toute forme de justice sommaire.

Comme on peut le noter, le premier paragraphe de l'art. 20 établit le principe *ne bis in idem* comme il est communément et généralement admis par les droits de l'homme, à savoir il fournit une protection contre toute possible duplication des décisions rendues par la même juridiction. Néanmoins, la phrase «*sauf disposition contraire du présent Statut*», qui n'est pas placée par hasard au début du paragraphe, confère un caractère non absolu au principe contenu dans l'article, dans la mesure où il faut tenir compte de l'existence d'exceptions à une règle générale. Dans cette perspective, l'art. 81, qui permet l'appel d'une décision sur la culpabilité ou sur la peine, donnerait au Procureur un pouvoir dérogatoire au principe chaque fois qu'il décide d'interjeter appel contre une décision de condamnation ou d'acquittement, car il serait une duplication de décision envers la même personne. La violation serait bien évidente dans le cadre des systèmes de la *common law*, mais non dans les systèmes de la *civil law* qui prévoient un double degré de juridiction. Une dérogation pourrait également être envisagée dans l'art. 84, qui permet la révision d'une décision sur la culpabilité ou la peine⁵²⁶. Mais, contrairement à ce que l'on peut normalement penser en cas de dérogation à un principe général établi pour le respect des droits de l'homme, les deux dérogations analysées constituent elles-mêmes une garantie de respect des droits de l'homme, dans la mesure où elles permettent de réparer toute éventuelle injustice subie par l'accusé au cours de la première procédure contre lui. Cette possibilité exprime un droit si sacré qu'il ne pourra jamais être

⁵²⁵ C.P.I., art. 20(3)(a)(b).

⁵²⁶ Aux termes du Statut, la révision est prévue dans les cas suivants: 1) si, après le procès, un fait nouveau a été découvert, sauf si la méconnaissance générale du fait pendant le procès ou la postériorité de sa découverte ou en d'autres termes, si l'indisponibilité de l'élément de preuve au cours du procès – «*unavailability*» selon la version anglaise du Statut - est totalement ou partiellement imputable à l'accusé, même si l'article utilise le mot «*requérant*», alinéa a (i). De plus, il faut que le fait nouveau présente une importance telle que, s'il avait été découvert au cours du procès, il aurait été en mesure de conduire à un jugement différent à l'encontre de l'accusé, alinéa a (ii); 2) si, au cours du procès, un élément de preuve qui avait été retenu décisif pour la détermination de la culpabilité de l'accusé, s'est révélé faux après le procès, contrefait ou falsifié, alinéa b; si un ou plusieurs juges présents au moment de la décision qui a entraîné la condamnation de l'accusé, se sont rendus responsables d'une faute lourde ou d'un manquement à leurs devoirs d'une gravité telle qu'elle implique, selon l'art. 46, la perte de leurs fonctions.

nié à l'accusé, même après sa mort, puisque sa famille ou le procureur pourront faire valoir ce droit après son décès⁵²⁷.

b. L'étendue de la protection offerte par l'art. 20

i. La protection verticale et horizontale du principe

Les paragraphes 2) et 3) de l'art. 20 régissent l'application du principe dans les rapports entre la C.P.I. et les juridictions différentes et *vice versa*. Une certaine doctrine relève les effets dérivant de la protection verticale, concernant les décisions émises par juridictions différentes, et ceux de la protection horizontale du *ne bis in idem*, cette dernière intervenant dans les décisions émises par la Cour, donc par la même instance⁵²⁸. En particulier, la protection verticale produirait, selon une dynamique inverse, deux phénomènes divergents, à savoir : une verticalité descendante, ou effet «*downward*» - concernant les rapports entre la C.P.I. et les autres juridictions – et une verticalité ascendante, ou effet «*upward*» - concernant les rapports entre les autres juridictions et la Cour – .

L'expression «autres juridictions» fait généralement référence aux juridictions nationales des États Parties au Statut de Rome, mais, comme le souligne la doctrine, elle n'exclut pas tout conflit entre la C.P.I. et les autres juridictions internationales, notamment les Tribunaux *ad hoc*. Le rapport entre la juridiction de la Cour et celle des T.P.I. configure l'effet *downward* de la protection verticale dérivant du *ne bis in idem*. La généricité terminologique de l'expression «autres juridictions» peut être contestée, dans la mesure où elle implique une sorte de hiérarchie entre la Cour et les autres juridictions, alors que sur le plan du droit international, les deux Tribunaux *ad hoc* présentent une autorité équivalente à celle de la Cour. Paradoxalement, il est possible de considérer l'autorité du T.P.I.Y. et du T.P.I.R. presque supérieure à celle de la Cour, en raison de l'absence de complémentarité dans le rapport avec les juridictions nationales, toujours soumises aux Tribunaux *ad hoc* par le biais d'une primauté de ces derniers sur les juridictions nationales.

ii. La verticalité descendante

Le paragraphe 2) de l'art. 20 établit que, toutes les fois qu'un individu a été jugé par la Cour pour des crimes de sa compétence – c'est-à-dire sur la base de l'art. 5 du Statut -, il ne peut plus être jugé par une autre juridiction pour les mêmes crimes. Le paragraphe 2) donne ainsi une efficacité

⁵²⁷ C.P.I., art. 84.

⁵²⁸ C. VAN DEN WYNGAERT/T. OGENA, “*Ne bis in idem* Principle, Including the Issue of Amnesty, in A. CASSESE/P. GAETA/ J.-R.-W.-D. JONES (dir.), *The Rome Statute of the international Criminal Court: a commentary*, op. cit., pp. 705-729.

absolue au principe *ne bis in idem*, dans la mesure où la juridiction nationale ne peut plus agir après un jugement émis par la C.P.I., étant obligée d'accepter la décision de la Cour, bien que celle-ci n'ait pas la primauté sur les juridictions nationales. Toutefois, malgré le caractère apparemment absolu de la protection offerte par le paragraphe 2), la protection est cependant limitée aux crimes de compétence de la Cour, à savoir aux conduites criminelles qualifiées juridiquement par la Cour en tant que crimes de sa compétence. Il va de soi que ladite limitation est susceptible de produire une violation importante du principe *ne bis in idem* et donc des droits de l'homme, dans la mesure où un individu déjà condamné ou acquitté par la Cour pourra ensuite être jugé et le cas échéant, condamné une deuxième fois par une juridiction nationale pour la même conduite criminelle qui a reçu une qualification juridique différente et qui s'inscrit dans le cadre des crimes de droit commun. En effet, il faut souligner que l'art. 20 fait référence aux «crimes» et donc, ni aux conduites ou comportements ni aux faits, ce qui nous ramène aux problèmes liés au mot sibyllin « *idem* ».

Un autre aspect à souligner est l'absence d'exception au principe permettant aux Etats de contester la décision de la juridiction internationale et d'exiger une double incrimination, les décisions de cette dernière instance étant le résultat d'un exercice indépendant et impartial de la fonction judiciaire. A savoir, ce qui est permis à la Cour contre un jugement donné préalablement par une autre instance, n'est pas permis à l'Etat, lorsque la procédure est considérée par la Cour viciée *ab initio*, aux termes de l'art. 20(3)(a)(b)⁵²⁹. A cet égard, il est également intéressant d'analyser les divergences entre la C.P.I. et les Tribunaux *ad hoc*. Les T.P.I. jouissent du pouvoir de juger *ex novo* une personne préalablement jugée par une juridiction nationale non pour une faute reprochable à cette dernière, mais parce que, selon le Tribunal, la conduite avait été appréciée comme crime ordinaire par la juridiction nationale. Dans ce cas, l'instance internationale estime que, la personne pourra être soumise à une double incrimination, quand à la configuration juridique de la conduite qui a déjà fait l'objet d'une condamnation au niveau national vult manque d'éléments de portée internationale propres aux crimes de compétence de la juridiction internationale⁵³⁰.

Il s'en suit que, par rapport au pouvoir presque illimité des T.P.I., les exceptions limitées permettant à la Cour le *bis in idem* marquent un changement des garanties du procès pénal

⁵²⁹ A.-M. La Rosa, *ibid.*

⁵³⁰ Quant à la différence entre poursuite et jugement en relation au principe *ne bis in idem*, voy. T.P.I.Y., *Le Procureur v. Tadić*, Décision sur la requête de la défense concernant le principe *ne bis in idem*, 14 nov. 1995, IT-94-1-T, par. 24 ; T.P.I.R., *Le Procureur v. Bagosora*, Decision on the Application by the Prosecutor for a Formal Request for Deferral, 17 mai 1996, ICTR-96-5, par. 13 ; T.P.I.R., *Le Procureur v. Musema*, Decisions on the Formal Request for Deferral Presented by the Prosecutor, 12 mars 1996, ICTR-97-20, par. 12.

international allant dans un sens plus favorable à l'accusé. La différence avec le régime des Tribunaux *ad hoc* est bien évident surtout lorsque l'on considère qu'ils jouissent du pouvoir d'obtenir le dessaisissement des juridictions nationales, alors que la fonction complémentaire de la Cour ne lui confère pas le même pouvoir contraignant, comme il est évident dans la situation en Libye, où la compétence de la Cour a été contestée par les autorités nationales. Dans cette situation, la Chambre préliminaire I s'est prononcée dans l'affaire contre Al-Senussi, en établissant que l'affaire était irrecevable par la Cour⁵³¹. Dans cette perspective la garantie de l'accusé est renforcée par rapport à une possible duplication de procédure portant sur les mêmes faits, alors que le Procureur des T.P.I. peut à tout moment obliger l'Etat à se dessaisir⁵³². En revanche, l'évaluation que la Cour fait sur toute possible duplication des poursuites est limitée au moment où elle se prononce sur la recevabilité de l'affaire, lorsque le Procureur notifie à l'Etat Partie concerné qu'il y a des bases raisonnables pour ouvrir une enquête devant la Cour⁵³³. L'extension du pouvoir discrétionnaire des Procureurs des T.P.I. a ainsi provoqué des préoccupations sur la possibilité d'une prolifération parallèle des poursuites, surtout si l'on considère l'hypothèse où, pour plusieurs raisons, le Procureur défère aux autorités nationales le pouvoir de se saisir de l'affaire, avec des conséquences sur les droits de l'accusé, notamment le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires pour préparer sa défense⁵³⁴.

iii. La verticalité ascendante

Le paragraphe 3) aborde la version ascendante de la protection verticale, à savoir l'effet *upward*, tel qu'il est indiqué par la doctrine. Il s'agit d'un effet qui limite la juridiction de la Cour lorsqu'une personne a déjà été jugée par une autre juridiction pour des crimes de compétence de la Cour, sauf dans deux cas exceptionnels: quand la procédure nationale visait à soustraire l'accusé à la justice de la C.P.I.; ou quand la procédure de l'autre juridiction avait produit un *shame trial*, à savoir un procès irrespectueux des critères d'impartialité, d'indépendance et des règles du procès équitable. Dans les deux exceptions, l'effet produit par la juridiction nationale est de soustraire l'accusé à une vraie justice. En effet, les deux cas prévus par le paragraphe 3) cumulent plusieurs situations différentes, puisque : premièrement, la juridiction nationale pourrait avoir jugé la

⁵³¹ Conformément à l'art. 17(1)(a), la Chambre a établi que l'accusé fait déjà l'objet d'une poursuite de la part des autorités libyennes pour les mêmes crimes en relation aux mêmes faits et que la Libye est dans la capacité et volonté de mener à bien la poursuite, voy. I.C.C., *The Prosecutor c. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, 11 October 2013, ICC-01/11-01/11-466-Red, §§ 88, 42, 151.

⁵³² Le pouvoir de la Cour de veiller sur la duplication des poursuites est limité au moment où elle se prononce sur la recevabilité de l'affaire.

⁵³³ C.P.I., art. 18(1).

⁵³⁴ T.P.I.Y., art. 11 *bis* du R.P.P. ; par contre, il n'y a pas de norme correspondante pour le T.P.I.R. ; à cet égard voy. T.P.I.Y., *Le Procureur v. Djukic*, Décision relative aux exceptions préjudicielles, 26 avril 1996, IT-96-20-T.

personne pour une conduite classifiée en tant que crime ordinaire pour atténuer le caractère moralement reprochable du crime et soustraire l'accusé à la stigmatisation qui accompagne un crime international; deuxièmement, la juridiction pourrait être responsable de n'avoir pas rempli les critères d'impartialité et d'indépendance, ni d'avoir respecté les standards internationaux sur le procès équitable; troisièmement, la juridiction pourrait avoir mis en place une justice fictive afin de soustraire l'accusé à une condamnation; enfin, l'accusation pourrait avoir agi en violation des principes et des normes pénales internationalement reconnues⁵³⁵.

Contrairement à la protection «relative» donnée par le rapport de verticalité descendante du paragraphe 2), qui dans la pratique permet la duplication – internationale et nationale - de la poursuite et du jugement pour les mêmes faits dissimulés dans des qualifications juridiques différentes, le paragraphe 3) ne permet pas à la Cour de traduire devant elle une personne déjà jugée par une juridiction nationale. Le paragraphe semble exclure toute possibilité d'une duplication du procès pour les mêmes conduites qualifiées juridiquement de manière différente – c'est à dire selon une classification ordinaire des crimes -, car, dans cette hypothèse, la Cour se rendrait responsable d'une incursion fastidieuse dans la souveraineté nationale par le biais d'une contestation portant sur la qualification juridique des faits formulée par les juges nationaux. De plus, la contestation serait limitée à un simple erreur et non à une nullité procédurale absolue, dérivant de l'intention de réduire la gravité du crime imputable à la personne, ce qui par ailleurs n'éliminerait pas le caractère irrespectueux de l'incursion dans l'activité de la juridiction nationale, plus particulièrement sur l'appréciation que les juges nationaux ont fait à l'égard de la qualification juridique des faits. Enfin, la présomption d'impartialité et d'indépendance dont jouit la juridiction internationale laisserait les Etats dépourvus d'exceptions analogues à celles prévues par le paragraphe 3) de l'art. 20 pour exiger la double incrimination.

Mais, le caractère plus solide de la protection offerte par le paragraphe 3) n'échappe pas à certaines failles lorsqu'on se trouve face à un jugement national précédent, pour «*un comportement tombant aussi sous le coup des articles 6, 7 ou 8*», vicié selon les hypothèses formulées aux alinéas a) et b). En effet, la faiblesse de la protection donnée par le principe *ne bis in idem* se trouve dans l'indication des seuls crimes visés aux articles 6, 7 et 8 et par l'utilisation du terme «comportement» au lieu de «crime», utilisé dans le paragraphe 2), ou au lieu du terme «acte constitutif de crime» utilisé dans le paragraphe 1). A cet égard, il faut admettre qu'une certaine confusion terminologique caractérise l'art. 20. On peut imaginer que le choix du terme «comportement» est lié à la

⁵³⁵ Voy. A. CASSESE, *International Criminal Law*, op. cit., p. 321.

circonstance que pas toutes les juridictions nationales prévoient les crimes internationaux de compétence de la Cour. D'ailleurs, il s'agit d'une compétence très circonscrite, puisqu'elle couvre uniquement les crimes prévus par l'art. 5.

Enfin, la formulation du paragraphe 3) a exclu le crime d'agression. A cet égard, il faut considérer la circonstance que la gravité de ce crime implique la stabilité institutionnelle et démocratique d'un État et par conséquent, l'administration régulière de la justice. Une situation pareille rend *de facto* presque impossible un procès à l'intérieur du pays agressé. Il s'agit donc d'une hypothèse non réaliste que le Statut a justement préféré éviter, selon notre lecture de la norme. Dans ce sens on peut donc interpréter l'exclusion de la référence à l'agression du paragraphe 3), qui ne fait pas référence à l'art. 5 tout court, mais plus spécifiquement aux articles 6, 7 et 8 du Statut. L'opinion selon laquelle ce crime ne relevait pas encore concrètement de la compétence de la Cour n'est pas pertinente puisque cette considération n'explique pas pourquoi le paragraphe 2) fait génériquement référence à l'art. 5, qui indique aussi le crime d'agression. L'analyse sur le bien-fondé des hypothèses formulées aux alinéas a) et b) reste donc toujours dans les mains de la C.P.I., qui effectue une évaluation certainement discrétionnaire surtout à l'égard de l'exception indiquée dans l'alinéa b) en matière de procès équitable. Le doute concerne les critères adoptés par la Cour pour considérer inéquitable la conduite du procès de la part de l'autre juridiction, une évaluation qui à son tour n'est pas susceptible de contestations⁵³⁶.

B. L'art. 60 : la présomption d'innocence

La présomption d'innocence est un principe procédural classique très articulé qui impose que la culpabilité de l'accusé soit prouvée au-delà de tout doute raisonnable⁵³⁷. Il est partie intégrante du procès équitable dans la mesure où son absence annihile misérablement l'idée même de justice et sa fonction sociale. Dans le Statut de Rome, le principe est indiqué par l'art. 66, qui anticipe l'article du Statut entièrement consacré aux droits de l'accusé. La présomption d'innocence produit un corollaire principal : l'obligation de démontrer la responsabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable, qui pèse sur l'organe juridictionnel en vertu du non renversement de la charge de la preuve (1). Dans cette perspective, l'accusé n'est pas obligé de démontrer son innocence, même devant la communauté internationale, dont l'attention porte sur des crimes qui suscitent toujours un grand intérêt médiatique (2).

⁵³⁶ C. VAN DEN WYNGAERT/T. OGENA, *ibid.*

⁵³⁷ A cet égard, voy. S. GUINCHARD/J. BUISSON, *Procédure pénale*, Litec, Paris, 2008, p. 408.

1. La formule « au-delà de tout doute raisonnable », un corollaire du principe

L'art. 66 du Statut de Rome établit: "*Toute personne est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été établie devant la Cour conformément au droit applicable*". Le Statut a absorbé un critère typique des systèmes de la *common law* où, pour rendre une décision sur la responsabilité de l'accusé, les juges forment leur conviction intime au moment de l'analyse de toutes les preuves versées au dossier pendant les débats. En effet, « *la présomption d'innocence irrigue tout le droit de la preuve* »⁵³⁸. Le droit de l'accusé à être présumé innocent jusqu'à une décision faisant autorité de chose jugée est un pilier du procès pénal international, qui applique un principe dont la personne ne bénéficie pas uniquement quand elle acquiert formellement le statut d'accusé, *i.e.* après la confirmation des charges, car l'innocence de la personne commence au début de son histoire judiciaire, lorsqu'elle revêt le simple statut de suspect. A partir de cela, la personne doit donc être traitée comme innocente et toute mesure restrictive de sa liberté doit maintenir un caractère exceptionnel, car l'arrestation ou surtout une détention prolongée avant la condamnation définitive anticipe une sorte de pré-jugement de culpabilité⁵³⁹.

La formulation de l'art. 66 souligne donc l'importance cruciale dudit principe pendant la phase de la procédure pénale toute entière jusqu'à la décision faisant droit de chose jugée, à savoir jusqu'à quand il n'y aura plus de moyens de recours contre la décision. Le principe produit des obligations sur le Procureur, qui doit prouver la vérité - la défense n'ayant rien à prouver -, présenter la preuve et, enfin, convaincre le juge au-delà de tout doute raisonnable⁵⁴⁰. L'obligation de convaincre le juge au-delà de tout doute raisonnable n'indique pas un doute imaginaire mais sensé et n'est jamais une obligation de la défense ; si cette obligation n'est pas accomplie ou si la preuve produite n'a pas convaincue la Cour, les juges devront se prononcer toujours *in favor rei*. Enfin, l'expression « *au-delà de tout doute raisonnable* » impose aux juges de justifier leur décision, étant obligés de donner des motivations écrites contenant les raisons logiques et juridiques qui fondent leur jugement⁵⁴¹.

⁵³⁸ A. HUET/R. KOERING-JOULIN, *Droit penal international, op. cit.*, p. 295.

⁵³⁹ F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable. Exigence de délai raisonnable. Présomption d'innocence, Droits spécifiques du prévenu*, vol. 2, Larcier, Bruxelles, 2006, p. 20 et s.

⁵⁴⁰ Dans l'affaire Ngudjolo, la Chambre a conclu qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve pour établir au-delà de tout doute raisonnable que Ngudjolo était le commandant en chef au moment de l'attaque contre Bogoro et qu'elle ne disposait pas d'éléments de preuve suffisants pour établir au-delà de tout doute raisonnable l'existence d'un lien entre Ngudjolo et ce crime, C.P.I., *Le Procureur v. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Chambre de première instance, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 18 décembre 2012, ICC-01/04-02/12-3, §§ 110, 404,433, 496, 502.

⁵⁴¹ Le principe est naturellement prévu par les Statuts du T.P.I.Y., art. 20 (3) et du T.P.I.R., art. 20 (3) ; A. CASSESE, *The international criminal law, op. cit.*, pp. 389-393 ; M.-L. LANTHIEZ, "Actualité doctrinale de la présomption d'innocence", *R.P.D.P.* (2007), p. 829 et s.

Toutes les garanties de la défense, de fond et procédurales, s'appuient sur la présomption d'innocence, qui n'oblige pas mais qui légitime l'accusé à agir lorsqu'il est en conflit avec l'autorité judiciaire⁵⁴². Le principe de stricte légalité ou le droit au conseil sont des garanties découlant de la présomption d'innocence. Mais, c'est surtout au moment de la décision, lorsque le juge interprète les faits et la loi, que la présomption d'innocence doit être mise en valeur, puisque il est un principe d'interprétation où la règle *in dubio pro reo* est toujours valable. Par rapport aux T.P.I., le caractère novateur du Statut en matière de présomption d'innocence est que, en vertu du *favor rei*, les juges appliquent les normes pénales selon un critère très strict, alors que, dans l'interprétation des normes, les juges des T.P.I. n'ont appliqué que rarement le principe du *favor rei*⁵⁴³.

2. Le respect du principe à travers le contrôle sur les médias

Puisque l'art. 66 parle de "personne" et non d'accusé, il s'en suit que la personne est présumée innocente non seulement dans le cadre de la procédure pénale contre lui, mais dans tout autre contexte extérieur à celui strictement judiciaire. L'un de ces contextes est certainement celui médiatique, l'oppression médiatique étant un fléau de la justice pénale internationale, où l'accusé, avant même d'être jugé, est souvent stigmatisé à partir dès capture ou lors de sa remise volontaire aux autorités internationales et pendant toute la durée du procès. En effet, la gravité des crimes dont la Cour s'occupe déchaîne l'attention constante des media, obligés à satisfaire le droit de la communauté internationale à être informée sur des violations très graves des droits de l'homme, mais également sur des questions importants pour la stabilité de l'ordre international et non uniquement pour la stabilité des régions géographiques touchées directement par les crimes. Dans ce contexte, le devoir d'informer et le droit à être informé peut menacer la présomption d'innocence, s'il n'y a pas de limite ou de contrôle sur l'information. En effet, les organes d'information devraient se limiter à la simple description des faits, en évitant tout commentaire préjudiciable pour l'image de l'accusé. D'autre part, il faut également comprendre la difficulté à rester neutre face à la perpétration de crimes atroces d'importance internationale.

En matière de droit à l'information, il faut souligner la présence d'une faille dans le système de la justice pénale internationale par rapport aux juridictions nationales, dans la mesure où il n'y a

⁵⁴² En la matière, voy. J.-P. KOT, « Les droits de la défense », in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *Droit international pénal*, Deuxième édition révisée, Editions A. Pedone, Paris, 2012, pp. 912-914.

⁵⁴³ Voy. T.P.I.Y., *Le Procureur v. Tadić*, Décision Relative à la Requête de l'Appellant aux Fins de Prorogation de délai et d'Admission de Moyens de preuve Supplémentaires, 15 octobre 1998, cit., § 73 ; T.P.I.R., *Le Procureur v. Akayesu*, Jugement, 2 septembre 1998, cit., § 319.

pas de prévisions normatives à ce sujet ; par conséquent, il n'est pas simple de punir le transgresseur du fait qu'il se trouve en dehors du régime judiciaire de la Cour. D'autre part, toute information donnée à l'opinion publique ne peut que provenir des juges, le Procureur, les conseils de la défense, les représentants légaux des victimes et, dans une certaine mesure, également les fonctionnaires de la Cour. Toutefois, puisque les juges sont obligés à la discrétion, afin de ne pas risquer d'anticiper un jugement qui les rendraient susceptibles de récusation, et que la défense a tout l'intérêt à préserver le principe, en présentant son client comme présumé innocent, alors le devoir de respecter la présomption d'innocence au niveau médiatique revient surtout à l'accusation. Afin d'éviter toute critique personnelle et professionnelle qui découle d'une excessive médiatisation de la procédure – qui est le chrisme du procès pénal international –, le Procureur doit se tenir à une discrétion particulière, qui est par ailleurs toujours conditionnée par la sensibilité et la rigueur professionnelle de chacun. Mais, il faut considérer le rôle du Procureur, obligé à démontrer la responsabilité pénale de l'accusé, ce qui exclurait *a priori* toute objectivité et neutralité de l'accusation envers l'accusé (d'ailleurs incompatible avec la dénomination d'« accusation » !).

§ 2. La garantie juridictionnelle d'une Cour indépendante et impartiale

L'équité d'un procès tient surtout de l'indépendance et de l'impartialité du juge⁵⁴⁴. Pour une juridiction à caractère universel comme la C.P.I., l'indépendance et l'impartialité des juges est encore plus importante, cette juridiction devant être très attentive à garantir sa crédibilité et son acceptation de la part de la communauté internationale⁵⁴⁵. Le Statut de Rome impose aux juges de la Cour d'exercer leurs fonctions en toute indépendance⁵⁴⁶ - une qualité qui est imposée également au Procureur en tant qu'organe distinct au sein de la Cour - (A)⁵⁴⁷ et assure l'adoption des mesures aptes à préserver et garantir des qualités qui assurent la régularité de la procédure et le respect des droits de la défense (B).

A. L'art. 40 : l'indépendance de la Cour

⁵⁴⁴ Voy. H.-R. FABRI/J.-M. SOREL (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Pedone, Paris, 2010, pp. 154-164 ; W. A. SCHABAS, *op. cit.* p. 99-100.

⁵⁴⁵ A.-M. LA ROSA, *Juridictions pénales internationales. La procédure et la preuve, cit.*, 2003, p. 42-43. Toutefois, la jurisprudence a fait preuve d'une certaine flexibilité ; à cet égard voy. T.P.I.R., *Le Procureur v. Karemera*, Décision, novembre 1999, ICTR-97-24.

⁵⁴⁶ C.P.I., art. 40(1).

⁵⁴⁷ *Ibid.*, art. 42(1).

Un procès équitable doit se dérouler devant une autorité indépendante et impartiale établie par la loi⁵⁴⁸. L'indépendance découle de la procédure d'élection des juges, mais l'impartialité est, d'ailleurs, une *condicio sine qua non* pour l'éligibilité des juges internationaux, ce qui confirme une connexité inéluctable entre indépendance et impartialité (1). Pour être éligible, le juge doit démontrer des qualités de compétence, d'intégrité morale, de liberté de tout préjudice subjectif ou d'intérêt personnel, préjugement fonctionnel et d'autonomie par rapport aux autorités politiques et à tout groupe de pouvoir, surtout institutionnel, afin d'éviter tout conflit de compétence entre les pouvoirs de l'Etat. En d'autres mots, ils ne doivent pas se trouver dans la condition de subir ni d'ingérences ni de menaces. Dans cette perspective, les mesures pour la désignation et pour la révocation des juges assurent les deux qualités (2).

1. La connexité entre indépendance et impartialité

L'indépendance des juges implique *in primis* le détachement de tout conditionnement politique ou gouvernemental. Le juge ne doit pas être engagé dans des activités susceptibles d'interférer avec ses fonctions ni recevoir des directives ou subir des conditionnements de la part d'organismes extérieurs, en particulier du pouvoir exécutif et législatif, ni de la part de groupes militaires⁵⁴⁹. Dans le même esprit, les juges de la Cour ne doivent exercer aucune activité incompatible avec les fonctions judiciaires ou qui puisse faire douter de leur indépendance et ne doivent se livrer à aucune autre activité de caractère professionnel⁵⁵⁰. Le juge doit toujours éviter de se trouver dans la condition de subir n'importe quel conditionnement ou chantage.

Le paragraphe 1) de l'article 67 du Statut de Rome requiert, comme substrat des droits de l'accusé y énoncés, « ...*que sa cause soit entendue [...] équitablement et de façon impartiale* »⁵⁵¹. En effet, l'impartialité, avec l'autre critère jumeaux de l'indépendance, est parmi les piliers qui construisent le procès équitable⁵⁵². L'impartialité, dont le manque doit toujours être démontré, indique que, dans l'accomplissement de ses fonctions, le juge ne doit avoir aucun intérêt personnel

⁵⁴⁸ Voy. L. GRADONI, *op. cit.* et N. JAYAWICKRAMA, *op. cit.*

⁵⁴⁹ Voy. la jurisprudence sur les droits de l'homme, C.E.D.H., *Belilos c. Switzerland*, Judgement 19 April 1988, para. 67 ; *Campbell and Fell c. UK*, Judgement, 28 June 1984, Series A No. 80, para. 81

⁵⁵⁰ C.P.I., art. 40.

⁵⁵¹ L'application du principe est confirmé par la jurisprudence en matière de nationalité du juge, qui au cas d'espèce était la même que les victimes, ce qui faisait présumer une sympathie envers les victimes, voy. C.P.I., *The Prosecutor v. Banda Abakaer Nourain & Jerbo Jamus*, Defense Request for the Disqualification of a Judge, ICC-02/05-03/09, 2 April 2012 et [même affaire], Judge Eboe-Osuji's Memorandum concerning "Defence Motion for Disqualification of a judge", Annex 2, 16 April 2012, para.8.

⁵⁵² En matière d'indépendance et d'impartialité du juge, il faut considérer le concept de « unacceptable appearance » à la base des « critères Furundžija » établis par la Chambre d'appel du T.P.I.Y., voy. *The Prosecutor v. Furundžija*, Appeal Judgement, IT-95-17/1, 21 July 2000.

dans l'affaire, ne pas être lié aux parties soumises à la procédure de n'importe quelle nature, être au-dessus de tout préjudice subjectif, donc de tout préjugé personnel, surtout si exprimé publiquement⁵⁵³ ; et sujet à aucun conditionnement objectif ou fonctionnel, *i. e.* de nature institutionnelle, pour avoir déjà eu l'occasion de se prononcer sur l'affaire, ce qui est une garantie contre tout préjugement à l'égard de la même affaire⁵⁵⁴. La présence de l'une de ces situations impliquerait la récusation du juge. Dans les deux cas du préjugé et du préjugement, la théorie des apparences est applicable⁵⁵⁵. En effet, comme la jurisprudence de la Cour l'a souligné, les qualités personnelles ne suffisent pas en manque d'une apparence objective d'impartialité⁵⁵⁶. L'impartialité est donc l'absence de tout lien entre le juge et les parties au procès ou entre le juge et l'objet de l'affaire, le juge ne devant pas s'être prononcé auparavant sur les mêmes faits, ce qui ne pourra qu'entraîner une motion de récusation⁵⁵⁷.

Il semble qu'il existe une sorte de priorité de l'indépendance sur l'impartialité en raison du risque que toute pression possible, menace ou conditionnement provenant de l'extérieur puisse conditionner le jugement, donc l'exercice impartial des fonctions judiciaires, qui d'ailleurs peut aussi être déterminé par les opinions personnelles du juge⁵⁵⁸. D'ailleurs, la rigueur du mode d'élection des juges internationaux confirme ladite priorité. Toutefois, malgré la distinction, les deux critères sont toujours considérés de façon cumulative et expriment un principe unique, dans la

⁵⁵³ *Ibid.*, règle 34(1)(a)(c).

⁵⁵⁴ *Ibid.*, règle 34 (b).

⁵⁵⁵ J.-P. KOT, « Les droits de la défense », in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *Droit international pénal*, Deuxième édition révisée, Editions a. Pedone, Paris, 2012, pp. 909-912 ; O. DE FROUVILLE, « Les juridictions pénales internationales et hybrides », in H. RUIZ FABRI/J.-M. SOREL, *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Editions A. Pedone, Paris, 2010, pp. 158-169 ; en la matière voy. également C.E.D.H., *Piersack c. Belgium*, Jugement 1 Octobre 1982, Series A No. 53. Pour les dispositions pertinentes de la C.P.I., voy. les articles 35, 36 et 41 du Statut de Rome concernant les critères et les conditions d'éligibilité des juges et les articles 40 et 41 sur les qualités des juges et les conditions pour l'exercice des fonctions juridictionnelles. D'ailleurs la jurisprudence parle de « real danger of bias », voy. *The Prosecutor v. Banda Abakaer Nourain & Jerbo Jamus*, Judge Eboe-Osuji's Memorandum concerning "Defence Motion for Disqualification of a judge", Annex 2, cit., para. 27.

⁵⁵⁶ I.C.C., *Situation in Darfur, Sudan, Prosecutor v. O. H. A. Al Bashir*, Presidency, Decision on the request of Judge Sanji Mmasenono Monageng of 25 February 2010 to be excused from reconsidering whether a warrant of arrest for the crime of genocide should be issued in the case of the Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir, pursuant to article 41(1) of the Statute and rules 33 and 35 of the Rules of Procedure and Evidence, Annexe II to Notification of the decision on the request for excusal of a Judge, 19 March 2010, ICC-02/05-01/09-76, pp. 4-5 ; C.P.I., *Situation en RDC, Le Procureur v. T. Lubanga Dyilo*, Défense, Requête aux fins de détermination des principes applicables aux questions posées aux témoins par les juges, 15 janvier 2010, ICC-01/04-01/06-2252 et Trial Chamber I, decision on Judicial questioning, 18 March 2010, ICC-01/04-01/06-2360.

⁵⁵⁷ Dans cette optique, il est intéressant de considérer toute critique soulevée à l'encontre des juges des T.P.I., notamment les Présidents, pour les déclarations publiques concernant l'activité des Tribunaux, étant donné leur capacité de conditionner l'action du Procureur ; sur le point il faut souligner la décision du T.S.S.L. concernant la récusation d'un juge accusé d'avoir rendu publiques ses opinions sur le groupe de rebelles auquel faisaient partie les justiciables, voy. également S.C.S.L., *The Prosecutor v. Sesay*, Decision on Defence Motion Seeking the Disqualification of Justice Robertson from the Appeals Chambers, 13 March 2004, SCSL-2004-15-AR15, paras. 2, 15.

⁵⁵⁸ De plus, si le jugement peut être facilement conditionné par un préjugé personnel, ce dernier est toujours susceptible de changer après la prononciation d'un jugement, ce qui démontrerait donc une sorte de priorité du préjugement sur le préjugé, ce dernier étant plus flexible par rapport à une décision cristallisée dans une sentence.

mesure où il n'y a pas d'impartialité crédible sans une véritable indépendance des juges⁵⁵⁹. En effet, les deux éléments ne sont pas considérés séparément puisque l'absence d'impartialité est aussi la conséquence de l'absence d'indépendance. Un juge conditionné par l'extérieur ne pourra qu'être partial dans la conduite du procès et par conséquent, dans le jugement, à cause des pressions ou des influences qu'il a subi⁵⁶⁰.

2. Les critères pour garantir les deux qualités

Les critères établis pour l'élection des juges démontrent la préoccupation des Etats Parties de préserver l'indépendance des juges de la Cour **(a)**, une qualité qui doit toujours être maintenue, sous peine de récusation **(b)**.

a. La désignation des juges de la Cour

Les deux qualités d'indépendance et d'impartialité des juges de la Cour sont remplies à travers plusieurs moyens, tels que le mode de création, de financement et de localisation du siège de la juridiction, mais également par le mode de désignation des juges⁵⁶¹. Au début de sa désignation, le juge s'oblige formellement à être libre et à ne subir aucun conditionnement ou pression et à exercer ses fonctions en conformité du Statut. Une fois le juge désigné, son indépendance est assurée par une réglementation stricte de ses fonctions. Durant le mandat, il lui est interdit de se consacrer à d'autres activités susceptibles de le distraire ou de produire une situation d'incompatibilités avec les fonctions de juge international. En effet, afin de garantir l'indépendance

⁵⁵⁹ Il s'agit, en particulier, d'exigences que les instances internationalisées sont appelées à respecter, voy. V. S. ONG, *op. cit.*

⁵⁶⁰ Il suffit de mentionner la dénonciation, rendue publique le 6 juin 2013, du juge Harhoff du T.P.I.Y. à l'encontre du Président Theodor Meron, qui serait coupable de miner la crédibilité du Tribunal pour avoir exercé des pressions sur les juges afin qu'ils acquittent 5 généraux responsables des atrocités commises pendant le conflit par leurs subordonnés : les croates Ante Gotovina et Mladen Markač et les serbes Jovica Stanišić, Franko Simatović et Momčilo Perišić. Les accusés seraient protégés par les grandes puissances. Selon les accusations, les acquittements auraient été prononcés grâce à une motivation juridique non conforme à l'orientation jurisprudentielle toujours adoptée par le T.P.I.Y., en vertu de laquelle les autorités civiles et militaires sont responsables également pour les crimes commis par leur subordonnés dans le cadre d'une « joint criminal enterprise ». En revanche, la nouvelle orientation jurisprudentielle pourrait provoquer plusieurs acquittements et donc conditionner les décisions futures du Tribunal, qui applique la règle *stare decisis*. Le juge Harhoff a enfin été récusé pour violation du devoir d'impartialité, sous motion de l'accusé Šešlj, lequel s'est senti menacé par les opinions exprimées publiquement par le juge, qui a donné preuve d'un certain préjugé à l'encontre des accusés d'ethnie serbe. La Chambre, en évoquant l'art. 13 du Statut, a établi que la violation du devoir d'impartialité et d'intégrité avait violé les droits de l'accusé et l'équité du procès. La demande de récusation a donc été accueillie ; I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Vojislav Šešlj*, Chamber convened by order of the vice-President, Decision on Defence Motion for Disqualification of Judge Frederik Harhoff and Report to vice-President, 28 August 2013, IT-03-67-T, §§ 4-7, voy également l'opinion dissidente du juge Liu. Ensuite la doctrine a parlé de *Harhoff syndrome* ou *Harhoff dilemma*, formule adoptée par M.-G. Karnavas, *Judicial ethics in the international tribunals*, ADC-ICTY's 12th Defence Symposium.

⁵⁶¹ C.-J.-M. SAFFERLING, *op. cit.*, pp. 90-97.

des juges de la Cour, la procédure d'élection est particulièrement élaborée et demande des conditions très strictes.

Aux termes de l'art. 36 du Statut, « *les juges de la C.P.I. sont choisis parmi des personnes jouissant d'une haute considération morale, connues pour leur impartialité et leur intégrité et réunissant les conditions requises dans leurs Etats respectifs pour l'exercice des plus hautes fonctions judiciaires* »⁵⁶². Aux qualités morales, doivent donc s'ajouter des qualités professionnelles précises, à savoir une compétence reconnue en matière de procès pénal, droit international, droit international humanitaire et droit de l'homme, des critères qui déterminent la formation de deux listes de candidats⁵⁶³. En bref, la façon d'élire les juges internationaux de cette instance doit remplir des critères qui visent à garantir une justice effective. Dans cette perspective, pour toute la durée de son activité auprès de la Cour, le juge est doté de privilèges et d'immunités par rapport aux juridictions étatiques. L'immunité continue après l'expiration du mandat et concerne toute parole, écrit et acte relevant de l'exercice des fonctions officielles devant la Cour⁵⁶⁴.

Quant à la composition de la C.P.I., le Statut fixe la composition des Chambres selon un critère de représentation géographique équitable, de représentation de genre équitable et de représentation équitable des principaux systèmes juridiques du monde⁵⁶⁵, afin de répondre à toute critique possible sur le conditionnement politique⁵⁶⁶. En matière de désignation, la réglementation et la jurisprudence internationale soulignent la particularité de la procédure d'élection des juges internationaux, dans la mesure où les Gouvernements se limitent à présenter les noms des candidats à l'élection de juges⁵⁶⁷, l'élection étant confiée à l'Assemblée des Etats Parties qui l'effectuera au scrutin secret⁵⁶⁸.

Selon la jurisprudence, la procédure internationale de désignation présente des modalités tellement minutieuses que le résultat produit une sorte de présomption d'impartialité et d'intégrité des juges internationaux⁵⁶⁹. Pour contester cette présomption faudrait fournir des éléments de

⁵⁶² C.P.I., art. 36(3)(a).

⁵⁶³ *Ibid.*, art. 36(3)(b)(i)(ii).

⁵⁶⁴ *Ibid.*, art. 48(1)(2).

⁵⁶⁵ C.P.I., art. 36(8).

⁵⁶⁶ Voy. les critiques qui ont concerné le T.P.I.Y., voy. I.C.T.Y. Trial Chamber, *The Prosecutor v. Tadić*, Decision, 10 August 1995, *cit.*, para. 7.

⁵⁶⁷ C.P.I., art. 36(4).

⁵⁶⁸ *Ibid.*, art. 36(6)(9).

⁵⁶⁹ Voy. I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Karadžić*, Decision on Motion to Disqualify Judge Picard and Report to the Vice-President Pursuant to Rule 15(B)(ii), 22 July 2009, IT-95-05/18-PT, para. 17; I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Blagojević*, Decision on Motion for Disqualification, 2 July 2008, IT-02-60-R, para. 3 ; I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Šešelj*, Decision on Motion for Disqualification, 16 February 2007, IT-03-67-PT, para. 5.

preuve, puisque aucune situation abstraite peut *a priori* faire penser à ou peut démontrer la présence d'un intérêt personnel ou d'un autre lien quelconque de nature à compromettre l'impartialité du juge⁵⁷⁰. L'argument principalement adopté dans les nombreux précédents jurisprudentiels, utilisé pour trancher les demandes de récusation des juges des tribunaux hybrides, a été que la désignation d'un juge nommé par les autorités de son pays ne peut faire douter automatiquement de son indépendance et impartialité, sans affecter le sens même d'un tribunal de cette nature, où les juges nationaux candidats pour l'élection ne peuvent qu'être indiqués par les autorités nationales⁵⁷¹. Surtout dans le cas des juridictions internationalisées, ladite procédure devrait être considérée non légitime si l'argument du requérant était accepté sur ces bases⁵⁷².

b. La récusation des juges de la Cour

Cordero définit la récusation « *l'atto con il quale una parte rifiuta il giudice, affermandolo sospetto* »⁵⁷³, à savoir un acte par lequel une partie refuse le juge, en le considérant *judex suspectus*. La récusation est le remède le plus drastique que l'accusé a pour se défendre. Selon le Statut de Rome, l'accusé peut récuser un juge lorsqu'il est intervenu auparavant dans la même affaire devant

⁵⁷⁰ Le problème du respect du principe a été soulevé devant le T.S.L., ou le Président du Tribunal, Antonio Cassese a tranché sur la demande de récusation avancée par le Général Jamil El Sayed. La demande de récusation se fondait principalement sur le fait que les deux juges libanais composant la Chambre d'appel avaient été désignés par le Gouvernement libanais, à savoir par les mêmes autorités responsables de sa détention prolongée et injustifiée au Liban. La légalité de la détention du Général avait été condamnée publiquement par le Groupe de travail sur la détention arbitraire au Conseil du Droit de l'Homme des Nations Unies à Genève. Ladite circonstance, selon El Sayed, provoquait une suspicion légitime en ce qui concerne l'impartialité ou l'apparence d'impartialité des juges. Dans la demande de récusation du Juge Riachi, le Général El Sayed demandait « ...le dessaisissement de M. Le Vice-président Ralph Riachi en raison de faits antérieurs à sa nomination comme juge auprès du Tribunal Spécial pour le Liban dans la période où, en tant que juge présidant une Chambre de la Cour de Cassation libanaise, il a déjà statué sur une question directement liée avec la prorogation de la détention arbitraire du général, sur la base de faux témoins...Antérieurement à la nomination du Juge Riachi au T.S.L., les médias ont circulé les noms de certains juges présélectionnés par le pouvoir exécutif libanais, dont le juge Riachi. Le Général a adressé le 7 janvier 2008, une lettre officielle au Secrétaire Général des Nations Unies et à son Adjoint pour les affaires juridiques exprimant ses objections à la possible retenue par les Nations Unies de la candidature de ces juges en raison de leur partialité qui pourrait répercuter sur l'image du T.S.L. lui-même » ; voy. T.S.L., *Le Procureur v. El Sayed*, Demande de récusation et de dessaisissement de Monsieur le Vice-président *Ralph Riachi*, 20 octobre 2010, OTP/AC/2010, §§ 1-2; S.T.L., [same affaire], Decisions on Mr El Sayed's Motions for the Disqualification of Judges Riachy et Chamseddine from the Appeals Chamber pursuant to Rule 25, 5 November 2010, CH/PRES/2010/08 ; sur l'interprétation extensive de l'art. 25 (A) comme substrat pour un procès équitable, voy. la Décision sur la récusation du Juge Riachy, *ibid.*, §§ 35-41, voy. également les demandes de récusation et de dessaisissement de Monsieur le Juges Afif Chamseddine et de Monsieur le Vice-Président *Ralph Riachi*, Case No. OTP/AC/2010/01, 20 October 2010 (« Motion »); Decision on Mr *El Sayed's* Motion for the Disqualification of Judge Chamseddine from the Appeals Chamber pursuant to Rule 25, 5 November 2010, CH/PRES/2010/08, §§. 17-18 et 20 ; Decision on Mr El Sayed's Motion for the Disqualification of Judge Riachy from the Appeals Chamber pursuant to Rule 25, 5 November 2010, CH/PRES/2010/08, §§ 16-18.

⁵⁷¹ Voy. I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Martić*, Order on Defence Motion to Disqualify Judge Wolfgang Schomburg from Sitting on Appeal, 23 October 2007, IT-95-11-A , Annex, p. 3.

⁵⁷² Voy. Decision on Mr El Sayed's Motion for the Disqualification of Judge Chamseddine from the Appeals Chamber pursuant to Rule 25, 5 November 2010, CH/PRES/2010/08, §19 ; T.S.L., Mémoire de la Défense de M. Mustafa Badreddine en réponse à l'ordonnance du Président du Tribunal du 7 mars 2012, 15 mars 2012, STL-11-01/PT/AC.

⁵⁷³ F. Cordero, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 167.

la Cour ou dans une affaire pour le même fait qui fait l'objet de la procédure devant la Cour⁵⁷⁴. Mais, d'autres motifs de récusation sont également indiqués par le R.P.P. et concernent la présence d'un intérêt personnel, la participation à titre privé dans l'affaire, le préjugement et la manifestation au public d'opinions qui risqueraient objectivement de nuire à l'impartialité demandée au magistrat⁵⁷⁵. La décision sur la récusation d'un juge est prise par les autres juges à la majorité absolue, alors que la procédure de récusation peut être activée à la demande du Procureur, du suspect ou de l'accusé concerné par l'affaire⁵⁷⁶. Il est cependant toujours possible de soumettre des demandes volontaires de décharge⁵⁷⁷. Naturellement, le juge a le droit de se défendre, en présentant des observations écrites et peut demander lui-même les démissions ou demander d'être déchargé de ses fonctions⁵⁷⁸, s'il l'estime opportun⁵⁷⁹, exposer ses arguments contre toute plainte et se faire représenter par un conseil⁵⁸⁰. Puisque les critères d'indépendance et d'impartialité demandés aux juges sont demandés également au Procureur, celui-ci, tout comme ses adjoints, peut faire l'objet d'une procédure de récusation de la part de l'accusé, selon les mêmes formalités et conformément au Statut. Dans ce cas, la question sera tranchée par la Chambre d'appel⁵⁸¹. Le Greffier et son adjoint peuvent faire l'objet des mêmes mesures que les juges et le Procureur⁵⁸².

La récusation d'un juge est donc la mesure limite, mais la variété des situations pouvant nuire à l'accusé, au prestige ou au bon fonctionnement de la Cour, il existe une variété de remèdes, comme la perte des fonctions, décision d'ailleurs adoptée au scrutin secret par l'Assemblée des Etats Parties⁵⁸³, les sanctions disciplinaires, telles que le blâme ou l'amende pour toute faute d'une gravité moindre⁵⁸⁴. En effet, il y a des situations où des problèmes liés à l'impartialité et à l'indépendance du juge qui peuvent être le fruit indirectement d'une faute lourde ou d'un manquement grave aux fonctions⁵⁸⁵, comme la divulgation d'informations préjudiciables pour l'une

⁵⁷⁴ C.P.I., art. 41(2)(a) et règle 34.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, règle 34(1)(a)(b)(c)(d); quant aux autres juridictions, voy. la règle 34 du R.P.P. du T.P.I.Y. et du T.P.I.R. et l'art. 25 du R.P.P. du T.S.L.

⁵⁷⁶ C.P.I., art. 41(2)(b)(c).

⁵⁷⁷ *Ibid.*, règles 33 et 35.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, règle 37.

⁵⁷⁹ *Ibid.*, art. 41(1) et (2)(c).

⁵⁸⁰ *Ibid.*, règle 26(19) et règle 27 (2)(3).

⁵⁸¹ *Ibid.*, art. 42(5)(6)(7)(8)(a)(b).

⁵⁸² *Ibid.*, règle 23.

⁵⁸³ *Ibid.*, art. 46 et règle 31.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, règle 25 et règle 29.

⁵⁸⁵ Aux termes de l'alinéa 2 de la règle 24, la manquement grave aux devoirs de la charge se vérifie « ... lorsque l'intéressé a fait preuve de négligence grave dans l'exercice de ses fonctions ou agi consciemment en contravention des devoirs de sa charge. Ceci peut inclure, entre autres, des situations dans lesquelles l'intéressé :

a) Ne respecte pas l'obligation de demander à être dessaisi d'une affaire alors qu'il y a des motifs pour faire une telle demande ; b) Provoque de manière répétée des retards injustifiés dans l'ouverture des enquêtes, la conduite des poursuites ou des procès ou dans l'exercice de pouvoirs judiciaires ».

des personnes impliquée dans l'affaire ou comme l'abus d'autorité visant à jouir indûment de faveurs⁵⁸⁶.

B. Les mesures pratiques pour l'effectivité de l'art. 40

Les critères pour l'élections des juges ne suffisent pas à garantir leur indépendance et impartialité, ces qualités devant être préservées au cours de l'accomplissement des fonctions par des mesures d'ordre pratique, comme la localisation de la Cour dans un siège rassurant (1) et son autonomie financière (2).

1. La délocalisation de la Cour

La neutralité du siège de la Cour, fixé à La Haye, contribue à son indépendance, puisqu'il s'agit d'une ville loin des théâtres de guerre, des lieux de perpétration des crimes, de toute interférence ou conditionnement au niveau local et de tout risque de menace ou rétorsion aux victimes, aux témoins, aux juges, au Procureur, à l'accusé et aux conseils de la défense. Toutefois, pour ces derniers le risque persiste à cause de l'absence d'une protection concrètement applicable et de mesures de sécurités appropriées, surtout lors des investigations sur le terrain. Evidemment, cela ne menace pas l'indépendance et l'impartialité de la Cour, mais uniquement la sécurité des conseils, avec des répercussions sur l'efficacité de la défense. D'ailleurs, les conseils ne jouissent pas des mêmes privilèges et immunités réservées aux organes de la Cour, mais simplement « *du traitement nécessaire au bon fonctionnement de la Cour* », lorsque leur présence est requise au siège de la Cour⁵⁸⁷. L'expérience des juridictions à caractère international a démontré l'importance cruciale de l'aspect lié à la délocalisation. Le choix de fixer le siège à La Haye demeure surtout dans des raisons de sécurité et d'ordre public. Il s'agit des mêmes raisons qui ont imposé le transfert à La Haye du T.S.S.L., après quelques années d'activité à Freetown, la capital de la Sierra Leone. En revanche, le choix de fixer le siège des C.E.T.C. à Phnom Penh a soulevé de nombreuses ombres et suspects d'ingérence gouvernementale sur le déroulement impartial et indépendant de cette juridiction⁵⁸⁸. Aujourd'hui, plusieurs instances internationales siègent à La Haye, qui est devenue la capitale mondiale de la justice internationale grâce aux mesures de sécurité, aux facilités

⁵⁸⁶ C.P.I., règle 24(1)(a)(i)(iii).

⁵⁸⁷ *Ibid.*, art. 48(4).

⁵⁸⁸ Cela explique plusieurs démissions, parmi lesquelles, en octobre 2011, de l'allemande Siegfried Blunk, co-investigating judge auprès des C.E.T.C, accusé surtout par les parties civiles de mener l'enquête de façon partielle et trop favorable aux accusés, dont certaines encore au pouvoir au Cambodge.

administratives, logistiques et diplomatiques que la ville est en mesure de garantir⁵⁸⁹.

2. L'autonomie financière de la Cour

La garantie d'indépendance de la Cour est préservée également par son autonomie financière, ses ressources provenant principalement des contributions des pays signataires du Statut de Rome⁵⁹⁰. Le fait que la C.P.I. n'est pas un organe subsidiaire du Conseil de sécurité élimine toute critique possible liée à l'appartenance présumée à une structure hiérarchique dérivant de sa création sur la base du Chapitre VII, comme il s'est avéré en ce qui concerne d'autres instances internationales⁵⁹¹. Elle est donc indépendante également par rapport à l'O.N.U., qui est autorisée à fournir des ressources financières uniquement sous réserve de l'approbation de l'Assemblée générale, en particulier lorsque la saisine de la Cour provient du Conseil de sécurité, une éventualité qui par ailleurs n'est prévue qu'exceptionnellement⁵⁹². En effet, la diversification internationale et la multiplicité des ressources financières éloigne toute concentration d'intérêts possible. Les contributions volontaires provenant de gouvernements, d'organisations internationales, de particuliers, d'entreprises et d'autres entités sont également acceptées et utilisées dans les limites des critères fixés par l'Assemblée des Etats Parties⁵⁹³. Les contributions sont calculées selon un barème de quotes-parts selon les mêmes critères adoptés par l'O.N.U.⁵⁹⁴, et le compte financier est vérifié chaque année par un contrôleur indépendant⁵⁹⁵. L'importance de l'aspect financier va au-delà de la simple efficacité administrative, elle est cruciale pour l'indépendance de l'institution de tout pouvoir économique et politique. D'ailleurs, il s'agit d'une condition nécessaire pour le bon ordonnancement de la justice, aussi bien au niveau national qu'international⁵⁹⁶.

CONCLUSION CHAPITRE II

La lutte à l'impunité doit d'abord respecter les principes généraux gouvernant le procès pénal, en tant qu'instruments interprétatifs nécessaires pour mieux appliquer les droits procéduraux ancrés

⁵⁸⁹ A La Haye siègent actuellement : la Cour Internationale de justice, la Cour pénale internationale, le Tribunal Spécial pour la Sierra Léone, le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie, le Tribunal Spécial pour le Liban.

⁵⁹⁰ C.P.I., art. 115(a).

⁵⁹¹ Les mêmes critiques ont concerné le T.P.I.Y., voy. I.C.T.Y., Trial Chamber, *The Prosecutor v. Tadić*, Decision 10 August 1995, *cit.*, para. 7.

⁵⁹² C.P.I., art. 115(b).

⁵⁹³ *Ibid.*, art. 116.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, 117.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, art. 118.

⁵⁹⁶ Voy. le Rapport du Secrétaire général sur l'établissement de l'administration de la justice dans les pays en conflit, S/2004/616 ; A. LELARGE, *op. cit.*, 2007, p. 412.

directement à l'accusé. Sous cet aspect, le Statut de Rome a certainement renforcé le système général des garanties de la défense. Après les incertitudes des juridictions précédentes à la Cour, le Statut de Rome réalise enfin le principe de sécurité juridique lié à la légalité de la loi et confirme les autres principes généraux. Toutefois, le document fondateur de la C.P.I. laisse certaines difficultés irrésolues. D'une part, on constate le manque d'une vraie prévisibilité de la peine au sein d'une réglementation statutaire encore lacunaire à cet égard, et, d'autre part, on regrette la faiblesse de la protection du principe *ne bis in idem*, constamment menacé par un mécanisme de fonctionnement de la complémentarité nébuleux et toujours assujéti à l'orgueil de la souveraineté étatique en matière de répression pénale.

CONCLUSION TITRE I

La souveraineté des États reste le nœud du problème pour une justice à caractère universel considérée par certains comme une profanation de la souveraineté étatique, les affaires judiciaires pénales étant considérées la chasse gardée des États où traditionnellement aucune ingérence extérieure n'est permise. Le Statut de la Cour est l'aboutissement d'un long processus d'institutionnalisation d'une justice pénale internationale à caractère universel et de cristallisation des standards internationaux protégeant l'accusé. Toutefois, le Statut de Rome a une charge double par rapport aux documents normatifs communs consacrés à la réglementation procédurale de la machine répressive. L'indépendance de la Cour, la prévisibilité de la loi applicable ont une fonction qui va au-delà de l'équité procédurale et de la lutte à l'impunité elle-même, parce que le système de garanties de la défense donné par le Statut doit rassurer et résoudre les problèmes politiques liés à la méfiance persistante des gouvernements envers l'universalité de la justice pénale. Il faudra donc vérifier si l'interprétation et l'application jurisprudentielle des droits imprimés dans le Statut rendront acceptable cette ingérence et crédible cette forme de justice.

TITRE II. L'INTERACTION ENTRE DEFENSE ET ACCUSATION DANS L'ARCHITECTURE DU PROCES DEVANT LA C.P.I.

Le mot « défense » exprime un concept flexible, qui peut englober une pluralité de significations et acquérir une dimension, certaines fois, abstraite, d'autres fois plus concrète. Ainsi, la défense peut indiquer l'une des parties au procès, plus précisément la partie qui s'oppose à l'accusation. Dans cette acception, la défense est la traduction en termes impersonnels de l'accusé, mais surtout de celui qui le représente et qui, par conséquent, incarne la défense : le conseil. L'activité du conseil de la défense vise à contraster et neutraliser, selon les règles d'une dialectique processuelle équitable, l'action contraire de son antagoniste direct : le Procureur. Dans le cadre de cette dimension abstraite et impersonnelle, l'accusation a une connotation institutionnelle, le Bureau du Procureur étant un organe officiel de la C.P.I., alors que la défense est une partie privée, même quand le conseil est commis d'office par la Cour.

Dans la même logique impersonnelle et abstraite, le terme « défense » peut également indiquer une stratégie argumentative visant à contraster les arguments de l'accusation et à disculper l'accusé, qui diffère de l'aveu de culpabilité, où l'accusé admet les responsabilités que l'accusation lui attribue. Il s'agit d'une dimension plus intellectuelle de la défense, qui exprime plutôt une méthode de travail parfois très élaborée. La défense devient ainsi la stratégie adoptée par l'accusé, directement ou par le truchement de son conseil, pour refuser dialectiquement les accusations provenant du Procureur. Pour acquérir cette dimension, la défense se compose d'arguments, qui peuvent porter aussi bien sur le fond de l'affaire que sur la procédure, ou sur les deux. Quoi que soit l'argument choisi, il visera toujours à contraster les arguments de l'accusation. Mais, la dialectique entre accusation et défense peut détourner la traditionnelle opposition entre deux parties antagonistes, en faveur d'une négociation conciliatrice qui représente une exception au déroulement régulier du procès. Dans cet esprit de transaction, la défense adoptera une stratégie argumentative incomplète, visant principalement à réduire les temps de la justice et à en mitiger les conséquences par le biais du plaidoyer de culpabilité (**Chapitre I**).

Au-delà de la dimension statique, impersonnelle et intellectuelle, il existe une dimension de la défense plus dynamique, qui s'exprime concrètement à travers l'activité défensive mise en place tout au long de la procédure devant la Cour, lorsque la défense impersonnelle révèle au parquet ses arguments à travers les instruments procéduraux lui permettant de contraster, dans le cadre de la dialectique entre les parties, les armes mises en place par le Procureur pour soutenir ses arguments.

Il s'agit donc d'une dimension où la défense se réalise et prend corps, dans la mesure où le conseil ou, dans certaines limites, l'accusé participe personnellement au procès par l'adoption de la stratégie défensive choisie. Ainsi, la défense utilisera toutes les techniques et les moyens de preuve disponibles pour contraster l'accusation et faire prévaloir sa propre reconstruction des faits (**Chapitre II**).

CHAPITRE I – LA DIALECTIQUE ENTRE DEFENSE ET ACCUSATION

L'alternance dialectique entre accusation et défense construit le procès devant la C.P.I., où, malgré l'effort de rendre la procédure équitable, la défense revêt un rôle qui est privé de la reconnaissance institutionnelle propre à l'accusation, celle-ci étant dotée de pouvoirs et d'autorité remarquables. Schabas définit la défense comme une réponse de l'accusé à une inculpation criminelle qui se compose de « *all grounds which, for one reason or another, hinder the sanctioning of an offence – despite the fact that the offence has fulfilled all definitional elements of a crime* »⁵⁹⁷. Selon cette conception, le terme défense ne se limite pas à jouer un rôle - qui est incarné symboliquement par le conseil de la défense – puisqu'elle symbolise également une méthode de travail, une stratégie argumentative ou plus généralement l'activité technique nécessaire à la découverte de la « vérité » juridique qui émergera au cours du procès et à laquelle toutes les parties du procès donnent leur contribution, chacune selon son propre point de vue et selon sa propre stratégie argumentative (**Section I**).

Dans la physiologie du procès, les parties antagonistes se présentent toujours en conflit, même si le Procureur de la Cour n'est pas une partie complètement hostile à l'accusé. Le plaidoyer de culpabilité n'est qu'une exception à la conflictualité dialectique traditionnelle entre Procureur et accusé, qui de temps en temps se retrouvent alliés à négocier pour éviter le procès ou pour en réduire sensiblement les temps. A cet égard, nous préférons parler d'une dialectique conciliatrice qui permet aux parties d'interagir par le dialogue constructif et non par le déploiement des « armes » processuelles traditionnelles (**Section II**).

Section I. L'accusation contre la défense : une dialectique accusatoire

⁵⁹⁷ W. A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 110-115; voy. également A. Eser, "Defences in War Crime Trials", in Y. DINSTEIN/M. TABORY, (ed.), *War Crimes in International Law*, Kluwer Law International, The Hague, Boston and London, 1996, pp. 251-273.

Le Statut de Rome décrit une dialectique entre accusation et défense où les différences entre les deux parties soulignent les pouvoirs remarquables dont jouit l'accusation (§ 1). Pour neutraliser cette inégalité et contraster l'accusation, la défense peut choisir entre plusieurs stratégies argumentatives (§ 2).

§ 1. La dialectique : le miroir d'une égalité virtuelle

Le procès pénal international rencontre encore beaucoup de difficultés à atténuer les différences traditionnellement existantes entre les deux parties adverses, qui disposent de pouvoirs et de moyens ni quantitativement ni qualitativement égaux. Malgré le modèle procédural, la C.P.I. donne un exemple encore trop faible d'égalité entre les deux parties (A), où la marge d'autonomie du Procureur rencontre de rares limitations (B).

A. La règle cardinale de la dialectique : l'égalité des armes

Le concept d'égalité entre accusation et défense est soutenu par une procédure *adversarial* très proche du modèle accusatoire, où la dialectique entre les parties antagonistes se fonde sur la règle de l'égalité des armes. Pour l'accusé, l'égalité des armes se décline surtout à travers la possibilité de présenter ses raisons devant le juge sur un pied d'égalité avec son adversaire, en disposant des mêmes instruments que lui pour faire valoir sa propre thèse. Les aspects accusatoires du modèle procédural mixte de la C.P.I. soulignent l'importance de cette règle, en tant que garantie d'équité, même s'ils sont loin de réaliser une vraie égalité (1). La question est alors de comprendre si, au cours du procès devant la Cour, la défense dispose vraiment des mêmes instruments juridiques que l'accusation, à savoir des instruments aptes à prouver sa thèse au prétoire. Et si cela est le cas, pouvons-nous affirmer que la défense est dans une condition d'égalité authentique avec l'accusation? Autrement dit, l'égalité des armes au sein de la C.P.I. se traduit-elle dans une égalité parfaite entre accusation et défense et le manque d'égalité entre les parties est toujours défavorable à l'accusé ? En effet, il est généralement retenu que l'inégalité va au détriment de la défense, mais les causes à l'origine de l'inégalité peuvent révéler des véritables avantages pour l'accusé (2). La spécificité de la fonction du Procureur de la C.P.I. donne des réponses contrastantes à ces questions.

1. Egalité des armes *alias* égalité entre accusation et défense ?

Le modèle procédural mixte qui régit le procès devant la C.P.I. s'inspire d'un type idéal d'égalité entre accusation et défense, qui est d'ailleurs l'un des éléments qui composent le procès équitable⁵⁹⁸. Dans la pratique, l'idéal d'égalité ne réalise pas une égalité effective des armes et, comme dans un cercle vicieux, l'inégalité des armes mine l'égalité entre accusation et défense. Loin de la conception de la défense comme activité de défendre, la défense comme partie au procès est opposée à l'accusation et dans cette dimension, la défense est incarnée par l'avocat, alors que l'accusation par le Procureur. La particularité du système mixte de la Cour est que, d'une part, le schéma procédural de référence tend, comme l'impose le modèle accusatoire, vers l'égalité entre accusation et défense, mais, d'autre part, l'accusation, plus en accord avec le modèle inquisitoire, présente un caractère qu'on pourra définir public et par conséquent, institutionnel⁵⁹⁹. Le Procureur de la Cour n'est pas un organe privé, mais un organe au sein de la structure officielle de la C.P.I., dont les fonctions sont le reflet de la volonté des Etats de combattre l'impunité. En effet, aux termes du Statut de Rome, la fonction prioritaire du Procureur au cours de l'enquête est d'établir la vérité, avant même que de poursuivre, c'est pour cela qu'à la différence du Procureur des T.P.I., le Procureur « *enquête tant à charge qu'à décharge* »⁶⁰⁰. Ensuite, la Chambre préliminaire, première garant de l'équité, effectuera une première vérification sur les moyens de preuve à charge et à décharge produits par le Procureur⁶⁰¹.

Or, la mixité procédurale de la Cour implique que toute disproportion de pouvoirs et de droits, en faveur ou à détriment de n'importe quelle partie, produise une inégalité qui affecte sérieusement le procès équitable⁶⁰². Au-delà de l'affirmation de principe, l'égalité des armes devrait permettre à la défense d'agir dans le procès dans les mêmes conditions que l'accusation. En termes pratiques, l'égalité entre les deux parties adverses devrait donc se traduire dans l'égalité des armes, chaque partie devant disposer des mêmes instruments et des mêmes facilités de travail, tout en préservant le rôle spécifique propre à chacune⁶⁰³. En effet, l'attribution de certains droits cruciaux

⁵⁹⁸ En matière d'égalité des armes, voy. J.-P. Kot, "Les droits de la défense", *op. cit.*, pp. 918-919.

⁵⁹⁹ A. CASSESE, *op. cit.*, 2001, pp. 365-388; K. AMBOS, "The Status, Role and Accountability of the Prosecutor of the International Criminal Court: A Comparative Overview on the Basis of 33 National Reports, in *Ejccclj* (2000), p. 148 et s.; M. DELMAS-MARTY, « Droit comparé et droit international : interaction et internormativité », in M. Chiavario (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Dalloz, Paris, 2003, p. 20 et s. ; voy. également G. BITTI, *Les tribulations de la justice pénale internationale au 20^{ème} siècle : la création d'une Cour criminelle internationale permanente – Affrontement ou conciliation des dogmes en procédure pénale ?*, in *Nouvelles Etudes Pénales*, 395 (1998), p. 439.

⁶⁰⁰ C.P.I., art. 54(1)(a).

⁶⁰¹ *Ibid.*, art. 57 et 58(2)(d).

⁶⁰² Voy. la jurisprudence de la C.E.D.H. concernant l'art. 6 (1) de la Convention, Comm. E.D.H., rapp. 14 déc. 1981, req. N° 8403/78, *Jespers c/ Belgique* : DR 27/61.

⁶⁰³ Une interprétation intéressante par son originalité est la théorie en clé algébrique qui permettrait de réaliser un équilibre idéal parfait entre les droits de la défense et les droits de l'accusation, comme deux bulles de vecteurs transposés dans une résultante (ΣDA). La formule, toutefois, n'offre pas de résultats encourageants en termes d'équité

communs, comme celui au contre-interrogatoire ou, selon certaines modalités, à la divulgation, démontrerait un certain équilibre dans la dialectique contradictoire entre les deux parties⁶⁰⁴.

La procédure de la Cour favorise le débat contradictoire oral, qui empêche au juge de trouver la vérité au-delà de la présentation des preuves de la part de l'accusé, à savoir uniquement sur la base de sa connaissance préalable des éléments de preuve, surtout écrits, recueillis par le Procureur avant les débats. La preuve prend forme principalement dans le prétoire avec la contribution paritaire de toutes les parties, y compris les victimes⁶⁰⁵. Par conséquent, sur le plan formel et en termes généraux, le Statut de la Cour offre aux deux parties les mêmes règles – comme le contradictoire - et les mêmes moyens – comme la preuve testimoniale ou documentaire - pour faire valoir ses propres arguments. Dans les faits, au dépit de la dialectique de matrice accusatoire et d'une égalité des armes formelle, l'effectivité de l'égalité entre accusation et défense est rendue vaine à cause d'une persistante disparité de ressources financières et humaines, de pouvoirs de coercition et d'autorité institutionnelle permettant à l'accusation d'être certainement plus favorisée.

2. L'inégalité favorable à l'accusé

Selon une certaine doctrine, le rôle « public » du Procureur, loin de déséquilibrer la dialectique, serait une garantie pour l'accusé⁶⁰⁶, puisque, selon une interprétation plus attentive des conventions et des déclarations internationales sur les droits de l'homme, l'inégalité de pouvoirs qui dérive d'une accusation présentant un caractère « public » ne doit pas forcément être entendue en termes plus favorables à l'accusation. La raison est que, en vertu de son rôle d'organe de justice, le Procureur est chargé de recueillir aussi bien les preuves à charge qu'à décharge, ce qui n'est pas prévu lorsque l'accusation est une partie privée, comme les conseils de l'accusation aux Etats-Unis. Selon ladite orientation, dans le procès inquisitoire – qui traditionnellement exclut toute égalité - l'organe chargé de l'enquête n'est pas conçu comme un adversaire forcément hostile à l'accusé, puisqu'il est considéré comme étant un organe de justice chargé de conduire une enquête officielle de façon impartiale – donc aussi bien à charge qu'à décharge -, puisqu'il agit dans l'intérêt exclusif

processuel du fait d'une multiplicité de variables qui enfin rend le résultat incertain ; voy. S. TERGALISE NGA ESSOMBA, *La protection des droits de l'accusé devant la Cour pénale internationale*, L'Harmattan, Collection Justice International, Paris, 2012, pp. 273-275.

⁶⁰⁴ En fait, certains droits, comme celui à être informé des accusations ou à avoir un conseil ne sont que typiques de l'accusé et donc une égalité absolue n'est pas envisageable, étant chaque partie titulaire de prérogatives propres à elle.

⁶⁰⁵ R. MAISON, «Le principe du contradictoire devant les juridictions pénales internationales », in H. RUIZ FABRI/J.-M. SOREL, *op. cit.*, pp. 97-110 ; C.-J.-M. SAFFERLING, *op. cit.*, pp. 265-268.

⁶⁰⁶ M. BERGSMO/C. CISSE/C. STAKER, «Les Procureurs des Tribunaux internationaux: Etude comparative des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, du Tpiy et du Tpir et du projet de Statut de la CPI», in L. ARBOUR/A. ESER/K. AMBOS/A. SANDERS (dir.), *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court*, Max Planck Institute, Freiburg, 2000, p. 165 et s.

de la justice. A cet égard, il faut remarquer que des influences inquisitoires sont présentes dans la structure du procès devant la Cour du fait que le Procureur, dans l'exercice indépendant et impartial de ses fonctions d'investigation, est chargé de recueillir et surtout de divulguer autant les preuves à charge que celles à décharge⁶⁰⁷. Dans cette perspective, l'accusation au sein de la Cour n'est donc pas seulement une partie mais un organe de justice⁶⁰⁸.

Face à cette inégalité, toute une série de droits sont consacrés directement et uniquement à l'accusé et cela ferait en sorte que la naturelle disproportion procédurale qui favorise le Procureur soit contrebalancée par l'affirmation d'une pluralité de garanties en faveur de la défense⁶⁰⁹. Selon l'orientation doctrinale énoncée, l'inégalité de matrice inquisitoire serait donc défavorable à l'accusation, privée des mêmes garanties que l'accusé. Contre cette lecture nous soulignons que la prétendue position privilégiée de la défense demeure logiquement inconsistante déjà *ab origine*, en raison de la difficulté d'imaginer les mêmes droits comme étant propres à deux parties qui présentent des caractéristiques bien différentes. Par ailleurs, il est plutôt inconcevable de ne pas comprendre que certains droits ne peuvent concerner que l'accusé, comme le droit de l'accusé à être informé des accusations dans le plus court délai, de façon détaillée, dans une langue qu'il comprend ou le droit d'être assisté par un conseil de son choix ou commis d'office et rétribué par la Cour, en cas d'indigence. Il serait difficile d'imaginer les mêmes droits pour le Procureur. De plus, le fait que la défense jouisse de droits qui lui sont propres ne signifie pas forcément que ces derniers sont plus importants ou plus nombreux que les prérogatives propres à l'accusation. A notre avis seul le modèle accusatoire est formellement et substantiellement structuré de manière à garantir une pleine égalité.

Ladite doctrine démontrerait que le modèle procédural de la Cour est, en réalité, inconciliable avec le concept d'égalité effective entre accusation et défense, puisque la présence d'un Procureur qui est un organe de justice, fait perdre au procès sa structure *adversarial*. Selon cette formulation, l'égalité des armes ne serait pas toujours favorable à l'accusé en raison du fait que le modèle accusatoire le priverait d'un organe de justice. D'autre part, il est également vrai que, en manque des mêmes pouvoirs et de la même importance institutionnelle, l'inégalité n'est pas favorable à

⁶⁰⁷ Voy. S.-A. FERNANDEZ DE GURMENDI, "The role of the Prosecutor", in M. POLITI/G. NESI, *The Rome Statute of the International Criminal Court – A Challenge to impunity*, Aldershot, Hampshire, 2001, p. 56.

⁶⁰⁸ En matière d'investigations, voy. G. TURONE, « Investigations », in A. CASSESE/P. GAETA/J.-R.-W.-D. JONES (dir.), *The Rome Statute for an International Criminal Court – A Commentary*, *op. cit.*, p. 1119.

⁶⁰⁹ Voire le droit de l'accusé à être informé des accusations dans le plus court délai, de façon détaillée, dans une langue qu'il comprend, le droit d'accès à toutes preuves contre lui - à travers la *disclosure* - et le droit de les examiner et contester par la production de toute preuve à décharge - tels que documents et témoins - et par le contre-interrogatoire des témoins à charge, le droit d'être assisté par un conseil de son choix ou commis d'office et rétribué par le tribunal, s'il résulte indigent.

l'accusé ! Ce qui émerge est donc la nécessité d'établir une médiation au sein du système spécifique mixte de la Cour et surtout de gérer toute oscillation démesurée de pouvoirs qui risquerait de troubler le balancement délicat entre deux intérêts toujours divergents, qui sont constamment projetés vers la recherche d'un équilibre « équitablement » partagé.

B. Les pouvoirs supérieurs du Procureur

L'indépendance du Procureur de la Cour le distingue des Procureurs des autres juridictions pénales internationales (1). Toutefois, son autonomie mesure les limites de ses pouvoirs (2).

1. Un organe de justice indépendant

La fonction d'organe de justice du Procureur de la Cour le rend une partie atypique (a), qui se caractérise par un pouvoir considérable découlant de son indépendance : le pouvoir d'agir de sa propre initiative (b).

a. Une non-partie

La spécificité du rôle du Procureur de la C.P.I. demeure beaucoup dans sa fonction d'organe judiciaire atypique, à savoir dans son rôle d'organe de justice « *distinct* » mais toujours « *au sein de la Cour* »⁶¹⁰. Son élection de la part de l'Assemblée des Etats Parties – le même organe qui élit les juges - sur la base de sa compétence en matière de procès pénal et de sa haute considération morale, son devoir d'impartialité, la possibilité de sa récusation – dans certains systèmes juridiques nationaux la récusation est prévue pour les juges mais non pour l'organe des poursuites – et son indépendance contre toute influence politique soulignent la proximité entre la fonction investigatrice du Procureur et la fonction juridictionnelle des juges de la Cour, selon une conception unitaire de la fonction judiciaire tout court⁶¹¹. Dans sa qualité d'organe de justice institutionnellement assimilé aux juges, le Procureur de la Cour est donc tenu d'investiguer également à décharge, ce qui, auprès de nous, le rend une partie atypique, à savoir une non-partie dans le cadre d'une procédure à mi-chemin entre accusatoire et inquisitoire. Il ya ceux qui envisagent une contiguïté dangereuse dans la proximité du Procureur avec les juges de la Cour. Le

⁶¹⁰ C.P.I., art. 42 (1).

⁶¹¹ Voy. S.-A. FERNANDEZ DE GURMENDI, *ibid.*

risque serait de provoquer un déséquilibre important entre accusation et défense, dû à une sorte d'attitude corporative au détriment de l'accusé »⁶¹².

La spécificité de la dialectique entre accusation et défense au sein de la Cour réside dans le rôle institutionnel du Procureur, qui diffère des Procureurs des T.P.I.⁶¹³ en raison de son indépendance et du nombre considérable de ses pouvoirs⁶¹⁴. Le lien entre les T.P.I. et l'O.N.U. se réverbère sur l'indépendance du Procureur et sur son encadrement comme organe des poursuites. A cet égard, la jurisprudence du T.P.I.Y. avait déjà souligné l'importance de maintenir l'office de l'accusation comme un organe du Tribunal et non comme une simple partie, avec une fonction non pas vouée à obtenir la condamnation de l'accusé mais également à contribuer avec les juges dans la recherche de la vérité⁶¹⁵. Dans cette perspective, la fonction d'organe de justice du Procureur peut être interprété en termes négatifs, comme source d'obligations et de limitations plutôt que de prérogatives et privilèges. Pour Turone, l'indépendance du Procureur de la Cour n'est pas uniquement un devoir mais également un but souhaitable que le Statut fixe pour le protéger contre tout risque d'ingérence de l'extérieur⁶¹⁶. Suivant cette interprétation, la portée du Statut souligne plutôt des interdictions liées à l'indépendance de la fonction accusatoire⁶¹⁷, comme l'interdiction de prendre partie à toute autre affaire susceptible de mettre « raisonnablement » en doute son impartialité⁶¹⁸.

b. Le pouvoir d'agir *proprio motu*

⁶¹² Sur cette thèse, voy. S. QUATTROCOLO, « Le rôle du Procureur à la Cour pénale internationale : quelques brèves réflexions », in M. CHIAVARIO (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Dalloz, Paris, p. 357, voy. également M. CAIANIELLO, *L'esercizio dell'azione penale nella Cpi*, in *Riv. dir. proc.* 2001, p. 203 et s.

⁶¹³ En outre, le Procureur des Tribunaux *ad hoc* dépend du Greffe pour toute une série de questions administratives et procédurales, voy. les règles 17 (1) et 16 (1) des R.P.P. du T.P.I.Y. et du T.P.I.R.

⁶¹⁴ Pour une comparaison entre les Procureurs des différentes juridictions, voy. M. Bergsmo/C. Cissé/C. Staker, « Les Procureurs des Tribunaux internationaux : Etude comparative des Tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, du Tpiy et du Tpir et du projet de Statut de la CPI », in L. ARBOUR/A. ESSER/ K. AMBOS/A. SANDERS (dir.), *The Prosecutor of a permanent International Criminal Court*, Institute for Criminal Law and Criminal Justice, Edition Iuscrim, Freiburg im Breisgau, Freiburg, 2000, p. 165 et s.

⁶¹⁵ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Zoran Kupreskic*, Décision, Chambre de première instance II, 21 septembre 1998, IT-95-16-T.

⁶¹⁶ G. Turone, *Investigations*, in A. CASSESE/P. GAETA/J.-R.-W.-D. JONES (dir.) *The Rome Statute for an International Criminal Court – A Commentary*, *ibid.*, p. 1119 ; voy. également « Preliminary Observations on the Powers and Role of the Prosecutor of the International Criminal Court », in *Current Problems of International Humanitarian Law*, International Institute of Humanitarian Law, 23rd Round Table, San Remo, 2-4 September 1998, 2001, pp. 42-51.

⁶¹⁷ Pour une désamaine sur la responsabilité du Procureur de la C.P.I., K. AMBOS, *The Status, Role, Accountability of the Prosecutor of the International Criminal Court : a Comparative Overview on the Basis of 33 National Reports*, *op. cit.*

⁶¹⁸ C.P.I., art. 42(1)(7).

Chargé de soutenir l'action pénale contre l'accusé, le pouvoir du Procureur demeure dans son indépendance dans la direction des enquêtes et dans la formulation des charges⁶¹⁹, mais principalement dans son autonomie d'action propulsive, à savoir dans la possibilité de saisir la Cour *proprio motu*, un pouvoir que lui est octroyé par le Statut⁶²⁰. De son action dépend donc l'action de la Cour⁶²¹ et sa décision de soutenir l'accusation sans avis préalable d'un organe supérieur se fonde uniquement sur des renseignements constituant « *une base raisonnable* », pouvant provenir des Etats Parties, de l'O.N.U., d'organisations intergouvernementales ou non gouvernementales et de toute autre source jugée « *appropriée* » et « *digne de foi* »⁶²². Le manque d'un organe de contrôle du Procureur, comme un Etat Partie ou le Conseil de Sécurité, est, d'une part, garantie d'indépendance contre toute politisation de l'organe mais, d'autre part, lui donne un pouvoir presque absolu qui pourrait exposer l'accusé au risque d'un choix ou d'une action investigatrice irresponsable⁶²³.

En 1994, le projet de cour criminelle internationale, dont la C.D.I. était chargée, proposait l'idée d'un Procureur autonome et permanent, élu à la majorité des Etats Parties⁶²⁴. Mais, au cours de la Conférence diplomatique des Plénipotentiaires, certains Etats Parties, en premier lieu les Etats-Unis, avaient manifesté leur préoccupation sur la possibilité d'une puissance excessive de l'organe des poursuites de la Cour par rapport à la faiblesse des droits de l'accusé et aux garanties d'équité de la procédure, qui n'étaient pas jugées comparables aux garanties constitutionnelles américaines⁶²⁵. En particulier, ce que soulevait les critiques n'était pas l'indépendance du Procureur dans la conduite de l'enquête, mais plutôt son pouvoir autonome de saisine - ou mieux d'auto-saisine - selon une simple « *base raisonnable* », un critère qui serait l'expression plutôt de son

⁶¹⁹ *Ibid.* « *Le Bureau du Procureur agit indépendamment en tant qu'organe distinct au sein de la Cour ... Ses membres ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions d'aucune source extérieure* ».

⁶²⁰ C.P.I., art. 15(1), « *Le Procureur peut ouvrir une enquête de sa propre initiative au vu de renseignements concernant des crimes relevant de la Compétence de la Cour* ». Les mécanismes de saisine de la C.P.I. prévoient également l'intervention des Etats et du Conseil de Sécurité.

⁶²¹ *Ibid.*, art. 13.

⁶²² C.P.I., art. 15(2)(3); en la matière, voy. S.-A. FERNANDEZ DE GURMENDI, « *The Role of the International Prosecutor* », *op. cit.*, p. 175 ss.; M. BERGSMO/J. PEJIC, « *Article 15: Prosecutor* », in O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's notes, article by article*, Nomos, Baden-Baden, 2e éd., 2008, pp. 581-593.

⁶²³ G. ILLUMINATI, « *Il processo davanti alla Corte penale internazionale : linee generali* », in G. ILLUMINATI/L. STORTONI/M. VIRGILIO, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai tribunali internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 123.

⁶²⁴ J. GRAVEN, « *Le projet de Cour criminelle internationale. Principes et Structures. Analyse critique* », in J. STONE/R.-K. WOETZEL (ed.), *Toward a Feasible International Criminal Court*, World Peace Through Law Center, Geneva, 1970, p. 176 et s.

⁶²⁵ Voy. *Conférence diplomatique des plénipotentiaires des Nations Unies à Rome (15 juin - 17 juillet 1998)*, vol. II, Liste des délégations, A/CONF.183/INF/5 et Corr. 1 et « *Intervention on the Bureau's Discussion Paper (A/CONF.183/C.1/L.53)* », Délégation des Etats-Unis, 8 juillet 1998, (référence site Internet C.P.I.: 19980708_ST_UNITEDSTATES[1].pdf). Pour une dissertation très intéressante sur le sujet, voy. J. Fernandez, *La politique juridique extérieure des Etats-Unis à l'égard de la Cour pénale internationale*, Editions A. Pedone, Paris, 2010, p. 162-198 ; G. CONSO, « *The Basic Reasons for US Hostility to the ICC in Light of the Negotiating History of the Rome Statute* », *J.I.C.J.* (2005), vol. 3, pp. 314-322.

discrétionnaire que d'un sentiment unanimement manifesté par la communauté internationale⁶²⁶. En effet, les mêmes critiques sont valables après dix ans d'activité de la Cour et concernent principalement les protestations de l'Union Africaine sur le numéro disproportionné de situations impliquant des états africains, ce qui a porté plusieurs leaders africains à demander de retirer leur pays du Statut de Rome.

2. Les limites au pouvoir du Procureur

Dans l'indépendance du Procureur se trouve l'origine des limites à son pouvoir, qui peuvent provenir de l'extérieur de la Cour (a) ou directement de la Cour (b).

a. Les limites extérieures à la Cour

i. Les limites posées par l'Assemblée des Etats Parties

L'indépendance du Procureur représente également une limite à ses pouvoirs. Comme l'a correctement observé la doctrine, il y a des limitations très fortes au pouvoir du Procureur de la C.P.I., car il doit démontrer son indépendance devant les Etats Parties, puisque l'indépendance n'est pas présumée⁶²⁷. En tant qu'organe distinct de la Cour, le Procureur et ses Procureurs adjoints doivent donner preuve d'indépendance et d'impartialité, s'obligeant à ne pas accepter d'instructions d'autres sources extérieures⁶²⁸ et à ne pas exercer d'autres activités professionnelles qui risqueraient d'être incompatibles avec leur fonction tandis que, différemment de certains systèmes juridiques où cela n'est pas permis, le Procureur peut être destinataire « à tout moment » d'une demande de récusation de la part de la personne faisant l'objet d'une enquête ou d'une poursuite⁶²⁹. L'Assemblée des Etats Parties, qui a le pouvoir de le nommer au scrutin secret et à la majorité absolue des Etats – sur la base de la qualité et du professionnel de la personne -, lui donne « des

⁶²⁶ L'indépendance du Procureur en rapport à la Cour a été particulièrement critiquée pendant la Conférence de Rome par les pays de traditions anglo-saxon, habitués à la séparation des fonctions typique de l'*adversarial procedure*, sur la base du risque présumé d'une excessive autonomie dans la marge d'appréciation de la gravité des crimes à enquêter, surtout en ce qui concerne le pouvoir d'enquêter *motu proprio*, toujours susceptible d'aller au-delà du mandat de la Cour. A cet égard, les Etats-Unis et d'autres pays anglo-saxons, pour indiquer tout possible risque d'arbitraire et de dépassement des limites du mandat, ont utilisé l'expression « *Doctor Strangelove Prosecutor* ». En fait, au niveau national, il peut dépasser un seuil minimale pour ouvrir une enquête, alors qu'au niveau de la justice internationale la marge d'appréciation est beaucoup plus large. En fait, l'autorisation préalable de la Chambre préliminaire élimine toute discrétion. A cet égard, voy. J.-R. BOLTON, "The Risks and Weaknesses of the International Criminal Court from America's Perspectives", *Law and Contemporary Problems*, Winter 2001, pp. 175 et s., disponible sur <http://www.law.duke.edu/journals/64LCPBolton>.

⁶²⁷ Voy. H. OLASOLO, "The Prosecutor of the ICC before the Initiation of an Investigation : A Quasi-jurisdictional or Political Body?", *I.C.L.R.* (2003), vol. 3, pp. 87-150.

⁶²⁸ C.P.I., art. 42(1).

⁶²⁹ *Ibid.*, art. 42(5)(7)(8).

orientations générales pour l'administration de la Cour »⁶³⁰. En outre, c'est devant l'Assemblée que sa responsabilité professionnelle peut être engagée pour toute faute lourde ou manquement grave aux devoirs imposés par le Statut, avec des conséquences qui vont de l'application de sanctions disciplinaires jusqu'à la révocation⁶³¹.

Une garantie contre tout monopole sur l'action pénale est donnée par la durée du mandat du Procureur, qui est de neuf ans⁶³². Une limite ultérieure à l'auto-saisine réside dans le principe de complémentarité, puisque l'Etat intéressé par le crime jouit toujours du droit de préemption⁶³³, qui soumet le Procureur à la volonté de l'Etat d'enquêter et de poursuivre, une hypothèse qui rendrait la situation soulevée par le Procureur irrecevable par la Cour⁶³⁴. Selon Fernandez, la « *faiblesse* » du Procureur de la C.P.I. se situe dans la complémentarité, tandis que « *la question de la puissance du Procureur ne mérite pas l'importance que les Etats-Unis lui ont accordée* »⁶³⁵. Ainsi, comme la normative statutaire l'indique, une limite est représentée également par le respect des conditions préalables à la saisine *proprio motu* d'une situation, les mêmes établies pour l'exercice de la compétence⁶³⁶. Par rapport à la situation au Darfour, la Chambre préliminaire avait voulu que le Procureur fournisse plus d'éléments avant de considérer la situation comme recevable⁶³⁷.

ii. Les limites posées par le Conseil de Sécurité

Malgré l'indépendance de la Cour de l'O.N.U., le Procureur serait sous le « *guardianship* » du Conseil de sécurité qui exercerait une sorte de pouvoir d'obstruction sur les investigations⁶³⁸. En

⁶³⁰ C.P.I., art. 112(2)(b).

⁶³¹ *Ibid.*, art. 46-47. A cet égard, voy. D. Tolbert/B. Benoit, « Article 46 : Removal from Office », in O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's notes, article by article, op. cit.*, pp. 1003-1009.

⁶³² *Ibid.*, art. 42 (4). En ce qui concerne l'élection du premier Procureur de la C.P.I., Luis Moreno Ocampo élu à l'unanimité le 21 avril 2003, voy. Cour pénale internationale, Assemblée des Etats Parties, « Modalités de présentation de candidature et d'élection aux sièges de juge, de Procureur et de procureurs adjoints de la Cour pénale internationale », résolution ICC-ASP/1/Res.2, 9 septembre 2002.

⁶³³ L'expression « *a positive approach to complementarity* » fut adoptée par le Bureau du Procureur pour indiquer l'un des trois principes de la stratégie procédurale, avec les enquêtes ciblées et l'impact maximal, voy. C.P.I., Office of the Prosecutor, *Report on Prosecutorial Strategy*, 14 September 2006, p.5.

⁶³⁴ C.P.I., *Situation en République Démocratique du Congo, Affaire Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre préliminaire I, Décision sur la demande du procureur de délivrer un mandat d'arrêt, 24 février 2006, CPI-01/04-01/06, § 31.

⁶³⁵ L'auteur fait référence au processus d'appréciation de la recevabilité d'une affaire au titre de complémentarité, voy. J. FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 158 et 161.

⁶³⁶ La compétence est exercée à l'égard de l'Etat sur le territoire duquel le comportement en cause a eu lieu ou dont la personne accusée du crime est ressortissant ; C.P.I., art. 12(2)(a)(b).

⁶³⁷ En effet, les informations supplémentaires concernaient l'existence d'une procédure nationale en cours à l'encontre des mêmes personnes faisant l'objet de l'enquête de la Cour. Voy. C.P.I., *Situation au Darfour (Soudan), Le Procureur v. Ahmad Muhammad Harun* (« Ahmad Harun ») et *Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman* (« Ali Kushayb »), Chambre préliminaire, « Décision sur la requête déposée par l'Accusation en vertu de l'article 58-7 du Statut », 27 avril 2007, ICC-02/05-01/07, §§ 22-25.

⁶³⁸ Voy. G. TURONE, *op. cit.*, p. 1121

effet, selon le Statut, lorsqu'il l'estime nécessaire pour la maintien de la paix ou pour l'efficacité de son action en vertu du Chapitre VII de la Charte des NU, le C.d.S. a le pouvoir de suspendre toute procédure pénale devant la C.P.I.⁶³⁹. L'indépendance du Procureur est donc soumise à une limitation extérieure remarquable à laquelle il n'est pas possible de se soustraire, sans compter que l'activité d'enquête et de poursuite, ainsi comme son succès, sont toujours subordonnés à la coopération des Etats Parties, qui, malgré leur devoir de coopérer, peuvent toujours obstruer les nécessaires activités d'investigation⁶⁴⁰. Toutefois, le pouvoir de blocage du Conseil de Sécurité a une nature différente⁶⁴¹, qui pourrait, d'une part, se révéler utile à l'accusé, dont les responsabilités seront soustraites au « jugement » international pour être déférées à l'autorité étatique. D'autre part, la possibilité d'un procès qui échappe à la médiatisation typique des la justice pénale internationale pourrait priver l'accusé du contrôle international sur le respect de son droit à un procès équitable⁶⁴². L'avantage que l'accusé peut obtenir à être jugé au niveau national dépend beaucoup de la situation dans laquelle le pays se trouve et des garanties de respect des règles démocratiques découlant de la stabilité de l'ordre institutionnel.

b. Les limites intérieures à la Cour, le contrôle de la Chambre préliminaire

En matière de limitations au pouvoir du Procureur de la Cour, une nouveauté importante par rapport au Procureur des T.P.I.⁶⁴³ est représentée par le contrôle exercé par la Chambre préliminaire, qui décide sur la recevabilité de l'affaire et sur tout acte important accompli par le Procureur en matière de mandat d'arrêt, de détention provisoire et de confirmation des charges⁶⁴⁴. Le pouvoir d'enquêter *proprio motu* est donc limité par l'examen de la Chambre préliminaire sur la demande présentée par le Procureur à l'ouverture d'une enquête. La Chambre préliminaire s'exprimera sur l'existence des « bases raisonnables », après un examen de tous les éléments

⁶³⁹ C.P.I., art. 16.

⁶⁴⁰ Voy. QUATTROCOLO, *op. cit.*, p. 358.

⁶⁴¹ Selon l'art. 16 du Statut lorsqu'il l'estime nécessaire pour la maintien de la paix ou pour l'efficacité de son action en vertu du Chapitre VII de la Charte des NU, le C.d.S. a le pouvoir de suspendre toute procédure devant la C.P.I., et « *Aucune enquête ni aucune poursuite ne peuvent être engagées ni menées en vertu du présent Statut pendant les douze mois qui suivent la date à laquelle le Conseil de sécurité a fait une demande en ce sens à la Cour dans une résolution adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies ; la demande peut être renouvelée par le Conseil dans les mêmes conditions* ».

⁶⁴² Voy. W.-A- SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, *op. cit.*, p. 143 ; voy. également M.-C. BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, *op. cit.*, pp. 520-526.

⁶⁴³ Voy. l'art 18 du Statut du T.P.I.Y., selon lequel le Procureur jouit du pouvoir autonome d'ouvrir une information d'office, sur la foi des renseignements obtenus de toute source, et du pouvoir de se prononcer en pleine indépendance sur la possibilité d'engager une poursuite. Sur ce sujet, voy. X. Tracol, « Les pratiques du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en matière d'enquête, de présentation, de protection et de divulgation des preuves », *R.P.D.P.* (2008), n° 4, Cujas, Paris, p. 746 ss. ; voy. également S. GLASER, *Introduction à l'étude du droit international pénal*, Bruylant, Bruxelles, Sirey, Paris, 1954, p. 158.

⁶⁴⁴ C.P.I., art. 18.

justificatifs recueillis⁶⁴⁵. Le rôle tertiaire du juge préliminaire et son pouvoir de contrôle juridictionnel sur l'activité du Procureur sont l'expression de la composante accusatoire de la procédure de la Cour contre toute comportement arbitraire de matrice inquisitoire de l'accusation.

En particulier, la Chambre préliminaire peut bien manifester son dissentiment par rapport aux requêtes, aux décisions et aux avis du Procureur, comme elle l'a fait dans l'affaire Bemba, en décidant la mise en liberté provisoire de l'accusé⁶⁴⁶. Le contrôle du juge préliminaire s'étend à toute l'activité accomplie par le Procureur antérieurement au procès au fond, avec des reflets en termes de garantie pour les droits du suspect. Par ailleurs, l'audience de confirmation des charges est un barrage que le superpouvoir du Procureur de la C.P.I. rencontre lorsque, pour la première fois au parquet, il se confronte formellement avec la défense, au cours d'une anticipation de ce qui sera ensuite le débat contradictoire. Le rôle filtre de la Chambre préliminaire, la complémentarité, qui est l'essence de la juridiction de la Cour et les conditions préalables à l'exercice de la compétence sont des antidotes contre toute prétention du Procureur découlant de l'exercice de sa fonction et de ses pouvoirs.

§ 2. La stratégie argumentative de la défense pour contrer l'accusation

La disparité traditionnelle entre accusation et défense ne se limite pas aux aspects fonctionnels et institutionnels, elle a des reflets importants sur le plan pratique, dans la mesure où le manque d'égalité conditionne énormément la qualité et l'efficacité du *defence argument*, à savoir de la stratégie argumentative de la défense, qui pourra dénoncer la violation des règles du procès équitable et des droits de l'accusé. Dans ce sens, le terme défense indique la stratégie argumentative, *i. e.* le plan d'action de la défense qui se construit sur des arguments logiques et peut se dérouler sur un plan substantiel et/ou formel (A) ou s'arrêter entre les deux dans une sorte de zone grise, puisqu'il existe un troisième choix qui consiste à se défendre sans aborder directement ni le fond de l'affaire ni la procédure (B).

A. La structure binaire de la stratégie défensive : la défense en fait et la défense en droit

⁶⁴⁵ *Ibid.*, art. 15(3)(4).

⁶⁴⁶ C.P.I., *Situation en République Centrafricaine, Affaire le Procureur c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Chambre préliminaire II, 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 à des audiences, 14 août 2009, ICC-01/05-01/08 ; voy à cet égard, M. MIRAGLIA, « The First Decision of the ICC Pre-Trial Chamber », *J.I.C.J.* (2006), vol. 4, pp. 188-195.

La stratégie argumentative choisie par l'accusé pour contester les charges retenues contre lui peut aborder le fond, à savoir les faits reprochés, ou la procédure adoptée pour lui reprocher les faits (1). Le principe de la liberté de choisir sa propre défense autorise en outre l'accusé à faire recours à des défenses qui ne sont pas prévues expressément, mais à condition qu'elles ne soient pas en désaccord ni avec le Statut ni avec le droit applicable par la Cour (2).

1. Défense « factuelle » et défense « technique »

La défense comme stratégie argumentative vise à contester les incriminations selon une méthode visant à contester le statut d'accusé tout court. Le procès devant la Cour admet des stratégies argumentatives classiques. Or, dans le cadre de la théorie générale, Eser distingue trois défenses possibles : *absolute defences*, à savoir la légitime défense, l'erreur de fait et la contrainte, qui excluent la responsabilité pénale en tant que réactions naturelles compréhensibles dans des situations données et dont la dynamique peut être reconstruite facilement au procès⁶⁴⁷; *situation defences*, comme le conflit d'intérêt, l'erreur sur la loi et l'obéissance à l'ordre du supérieur, qui dépendent de circonstances individuelles et qui, par conséquent, doivent être considérées admissibles avec « *caveat* »; *non-defences*, à savoir les stratégies argumentatives inadmissibles *a priori*, telles que l'argument du *tu quoque* et du *respondeat superior*, à savoir l'ordre du supérieur⁶⁴⁸. Pour notre analyse, nous adopterons ici une approche simplifiée et limitée aux défenses codifiées dans le Statut de Rome. Il sera possible d'envisager deux typologies de stratégies argumentatives : une défense que nous définirons « factuelle » (a) et une autre défense opposée que nous indiquerons comme « technique » (b).

a. La défense factuelle comme reconstruction de la vérité historique du point de vue de l'accusé

La défense factuelle est la défense qui touche le fond de l'affaire et qui attaque directement les inculpations portées contre l'accusé, pénétrant dans les faits décrits par les charges contenues dans l'acte d'accusation. La défense factuelle conteste le caractère illicite du comportement – conduite ou omission - attribué à l'accusé. A travers cette forme de défense le statut d'accusé et les

⁶⁴⁷ Parmi les défenses absolues l'auteur mentionne également la représailles et la dévastation justifiée par la nécessité militaire, des arguments plus controversés à présenter devant la Cour en termes de défenses qui excluent totalement la responsabilité pénale.

⁶⁴⁸ A. EISER, « Defences in crime trials », *op. cit.*, p. 272-273.

charges qui lui sont reprochées sont remises en cause. Selon les arguments factuels, l'accusé n'a pas commis le crime, le crime n'a pas été commis d'emblée, puisqu'il est inexistant, ou il n'y a pas de preuves suffisantes pour considérer l'accusé coupable. En d'autres termes, à travers la contestation des faits retenus, la défense factuelle vise à démontrer que le crime n'a jamais été perpétré ou que, même s'il a été commis, l'accusé n'en est pas responsable. Conformément à la jurisprudence pénale internationale, cette stratégie défensive, qui se base sur les données factuelles présentées au prétoire, est une défense complète⁶⁴⁹ ; elle peut concerner tantôt les éléments matériels ou objectifs des crimes, à savoir ceux qui excluent ou confirment le crime, tantôt l'élément psychologique ou subjectif, à savoir le manque de la conscience et de la volonté de l'auteur au moment de la perpétration du crime. En outre, la défense factuelle peut se fonder sur la présence d'un alibi, qui est une circonstance portant sur les faits, puisque cet argument aborde le cœur des faits historiques. Une fois démontrée l'innocence de l'accusé par la preuve de l'existence d'un alibi, cette stratégie argumentative se terminera en demandant son acquittement.

b. La défense technique comme revendication des droits de l'accusé au prétoire

La défense technique est la stratégie qui exclut toute donnée factuelle et qui se limite à considérer uniquement les aspects strictement juridiques du procès, surtout les aspects procéduraux ; cette stratégie argumentative conteste la procédure adoptée en en dénonçant tout vice formel qui est en mesure d'affecter le procès. Il s'agit d'une défense complète, mais, à la différence de la défense factuelle, qui vise à l'acquittement de l'accusé sur la base de la contestation des faits historiques, la défense technique a pour objectif l'invalidation et la nullité de la procédure, indépendamment de l'innocence du justiciable⁶⁵⁰. Cette forme de défense vérifie, contrôle et protège l'application correcte des règles régissant le procès pénal, qui assurent le bon déroulement de la procédure et l'administration régulière de la justice. La contestation du statut d'accusé porte donc uniquement sur la procédure appliquée pour le juger.

La différence entre la défense factuelle et la défense technique se fonde sur la distinction entre droit matériel et droit procédural, dans la mesure où la défense factuelle s'appuie sur la partie

⁶⁴⁹ Le problème lié à la défense complète a été soulevé devant le T.P.I.Y. dans l'affaire Ermedović à propos d'un aveu de culpabilité basé sur une stratégie argumentative impliquant l'état de contrainte. Dans cette décision, il faut souligner l'opinion dissidente des Juges Cassese et Stephen ; voy. S. Yee, « The *Ermerdović* Sentencing Judgement : A questionable milestone for the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia », 26 (2), *G.J.I.C.L.* (1997), p. 263.

⁶⁵⁰ Voy. la jurisprudence pénale internationale en matière de défense complète, en particulier l'affaire Ermerdović déjà cité, in J.-R.-W.-D. JONES/S. POWLES, *International Criminal Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 635-637. ; voy. K. MANN, « Hearsay evidence in war crimes trials », in Y. DINSTEIN/M. TABORY, *War crimes in International Law*, *op. cit.*, pp. 356-364.

substantielle du droit pénal international, alors que la défense formelle utilise le droit procédural, dénonçant la violation des règles de procédure. Faisant partie de l'ensemble des règles du droit procédural pénal, la catégorie des droits de l'accusé se rattache donc à la défense technique. Dans le système de la justice pénale internationale, la séparation formelle entre les deux branches du droit est plutôt nuancée du fait de la présence de règles de nature mixte, substantielles et procédurales, dans les Statuts des instances pénales internationales, notamment le Statut de Rome. Par contre, les systèmes juridiques nationaux marquent le bipolarisme, en prévoyant des instruments juridiques séparés. Plus spécifiquement, dans la tradition des systèmes de la *civil law*, il y a les deux codes du droit pénal et de la procédure pénale. Une séparation du *corpus* normatif est présent également dans les systèmes de la *common law*, traditionnellement oraux, même s'il est principalement le droit substantiel à suivre une tradition non écrite.

L'ensemble du *corpus* normatif de la C.P.I., ainsi comme celui des autres juridictions pénales internationales, semble faire référence seulement partiellement à cette distinction entre les deux branches du droit. Malgré la présence d'instruments entièrement consacrés à la procédure, *in primis* le R.P.P., le Statut de Rome contient aussi bien les crimes sous la compétence de la Cour, donc les normes substantielles faisant l'objet de la défense factuelle, que les règles procédurales portant sur les droits de l'accusé et sur le procès équitable qui, en revanche, font l'objet de la défense technique⁶⁵¹.

2. La liberté de choisir sa défense

Dans le procès devant la C.P.I., l'accusé jouit d'une large liberté de choix des arguments à utiliser pour se décupler. Il peut choisir des défenses qui sont prévues dans le Statut, mais également des défenses qui ne font pas l'objet de codification statutaire **(a)**. Il lui est cependant demandé de révéler la défense qu'il a choisie **(b)**.

a. Défenses codifiées et défenses non codifiées

Le procès devant la Cour ne présente pas de restrictions sur le choix de la stratégie que la défense peut retenir comme le plus approprié et efficace pour obtenir le meilleur résultat pour l'accusé. Il existe toute une série de stratégies défensives prévues dans les textes normatifs

⁶⁵¹ D'ailleurs, il faut rechercher le sens de cette mixité dans la spécificité et complexité du système général de la justice pénale internationale, qui fait que des règles de nature différente se trouvent ensemble dans le même instrument principal, qui est l'expression synthétique d'une volonté communautaire convergente.

correspondant à des défenses précises, que le Statut de Rome a codifié seulement partiellement⁶⁵². Parmi les défenses codifiées, il y a plusieurs arguments que l'accusé peut adopter préliminairement, *i. e.* au début des débats et qui évitent l'analyse de l'affaire dans le fond. Le Statut mentionne l'argument évoquant la légitime défense⁶⁵³, qui fait désormais partie du droit international coutumier et qui est la seule défense qui permet la violation du droit à la vie⁶⁵⁴, ou l'argument se basant sur l'insanité mentale⁶⁵⁵, inutilement invoquée par Rudolf Hesse devant le Tribunal de Nuremberg⁶⁵⁶. A cet égard, s'il est vrai qu'il faut supposer au moins la présence d'un grain de folie pour concevoir et commettre des crimes si affreux, il est également vrai que cette défense n'est invoquée que très rarement et de façon résiduelle au sein de la justice pénale internationale, dans le cas d'inefficacité d'autres arguments moins dégradants pour l'image de l'accusé.

En effet, derrière ce choix d'une stratégie de défense plus appropriée se masquent les considérations les plus variées, étant donnée la nature des crimes de droit international, comme le génocide et les crimes contre l'humanité, qui se fondent sur des idéologies et des politiques officielles précises. Il s'agit souvent d'idéologies et de manœuvres politiques soutenues et poursuivies par les accusés et par leur partisans encore au cours du procès, dans l'espoir qu'un jour la propre faction puisse réacquérir le pouvoir et donner ainsi une révision historique des épisodes criminels qui font l'objet de l'enquête internationale, en les soustrayant ainsi au stigma imprimé par la justice internationale. Il est donc évident que la décision de la stratégie défensive à adopter est crucial dès le début pour une pluralité de raisons, qui vont au-delà du but principal représenté par l'acquittement de l'accusé.

Il y a néanmoins des modes de défense qui ne sont pas codifiés. Il est bien possible que l'accusé choisisse une défense qui ne soit pas codifiée dans les instruments normatifs de la Cour,

⁶⁵² W. A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, *op. cit.*, pp. 110-111, où l'auteur donne l'exemple d'autre défense non présentes dans le Statut de Rome telles que l'alibi, la représailles, le consentement de la victime et l'*abuse of process*.

⁶⁵³ C.P.I., art. 31 (1)(c), « [...] Elle a agit raisonnablement pour se défendre, pour défendre autrui ou, dans le cas des crimes de guerre, pour défendre des biens essentiels à sa survie ou à celle d'autrui ou essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire, contre un recours imminent et illicite à la force, d'une manière proportionnée à l'ampleur du danger qu'elle courait ou que couraient l'autre personne ou les biens protégés. Le fait qu'une personne ait participé à une opération défensive menée par des forces armées ne constitue pas en soi un motif d'exonération de la responsabilité pénale au titre du présent alinéa ; ».

⁶⁵⁴ Il s'agit du seul cas qui permet la violation du droit à la vie, conformément aux conventions internationales, notamment l'art. 2 de la C.E.D.H. et à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg; *cf.* la doctrine à cet égard, en particulier R. Kolb, *op. cit.*, p. 206 ; *cf.* également la jurisprudence des T.P.I., notamment I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Kordic and Cerkez*, Judgment, 26 February 2001, IT-95-14/2-T, § 451.

⁶⁵⁵ C.P.I., art. 31(1)(a), « [...] Elle souffrait d'une maladie ou d'une déficience mentale qui la privait de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi [...] ».

⁶⁵⁶ A propos de la défense fondée sur une santé mentale déficiente, voire la règle « M'Naghten » appartenant à la tradition anglo-saxonne ; Voy. R. KOLB, *ibid.*, p. 212.

mais qui sera tout de même admise étant dans les limites d'admissibilité fixées par la Cour⁶⁵⁷. En effet, le droit de l'accusé de se défendre devant la C.P.I. ne présente pas de limites, comme il émerge de plusieurs dispositions, puisque « *l'accusé a également le droit de faire valoir des moyens de défense et de présenter d'autres éléments de preuve admissibles en vertu du présent Statut* »⁶⁵⁸. Dans l'expression « *d'autres éléments de preuve admissibles* », nous envisageons des éléments qui ne sont pas forcément prévus par le Statut mais qui, toutefois, ne sont pas considérés inadmissibles par le Statut, puisqu'il y a des arguments - ou mieux des stratégies de la défense - qui ne sont pas admis, surtout en droit international pénal. L'argument du *Tu quoque*, largement invoqué à Nuremberg, fait partie de ces arguments inadmissibles, puisque, si cette défense était admise, elle permettrait à la victime d'une infraction de commettre impunément la même infraction contre son agresseur⁶⁵⁹. En somme, les défenses atypiques, comme les motifs d'exonérations autres que ceux indiqués par le Statut, doivent être, au moins, prévus par le droit applicable par la Cour au sens de l'art. 21 du Statut⁶⁶⁰.

b. Le devoir de communiquer le choix

En droit pénal, l'interdiction de l'analogie concerne les normes incriminatrices ou celles qui limitent les droits individuels. Il s'agit de l'analogie *in malam partem*. En revanche, l'application de l'analogie est permise pour toutes les normes qui sont susceptibles de se traduire en un avantage pour l'accusé, à savoir les causes de justifications. Donc, aux termes du Statut, il n'y a pas d'interdiction générale envers les défenses non codifiées, notamment les causes d'exclusion de la responsabilité, mais il est demandé d'informer au préalable le Procureur sur la stratégie argumentative choisie. Il faut, en outre, demander et obtenir l'autorisation de la Chambre. En effet, quand l'accusé décide de se défendre en invoquant un motif d'exonération de la responsabilité pénale autre que ceux qui sont prévus par l'article 31 (1) du Statut – à la condition que le motif invoqué découle du droit applicable *ex art. 21* - il doit notifier sa stratégie de défense à la Chambre de première instance et au Procureur⁶⁶¹.

⁶⁵⁷ *Ibid.*, articles 27, 28 et 33.

⁶⁵⁸ *Ibid.* art. 67. L'art. 67(1)(e) doit être lu en combinaison avec l'art. 21(1) sur le droit applicable.

⁶⁵⁹ “*I can do to you what you have done to me*”; à cet égard, voy. la jurisprudence, en particulier T.P.I.Y., *The Prosecutor v. Kupreskic et al.*, Decision on Defence Motion to Summon Witness, 3 February 1999 et Decision on Evidence of the Good Character of the Accused and the Defence of Tu Quoque, 17 February 1999, IT-95-16.

⁶⁶⁰ C.P.I., art. 31(3).

⁶⁶¹ “*Lors du procès, la Cour peut 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. La procédure d'examen de ce motif d'exonération est fixée dans le Règlement de procédure et de preuve* ».

Ladite procédure respecte le contradictoire et protège le droit du Procureur de préparer préalablement et convenablement le procès, ce qui est possible puisque la défense lui aura communiqué son choix avant le début du procès. Il n'y a pas de délai précis pour cette communication, puisque le Statut prescrit simplement que la défense doit accomplir cette obligation « *suffisamment avant l'ouverture du procès* »⁶⁶². Dans le même esprit de favoriser le contradictoire, la Chambre, avant de décider sur le choix de la défense, entend les deux parties et, si la défense est autorisée à invoquer le motif d'exonération, elle peut ordonner que le procès soit ajourné pour donner à l'accusation le temps d'examiner la stratégie invoqué par la défense⁶⁶³. Au moment de la notification de la stratégie défensive, l'accusé doit fournir tous les éléments de preuve supportant ses arguments. Ainsi la Chambre ajournera le procès pour donner à l'accusation le temps de répondre et de préparer ses arguments⁶⁶⁴.

B. Une bipartition occultant un *tertium genus* : la défense « pre-factuelle »

Au-delà de la défense technique et de la défense factuelle, il est possible de choisir une troisième défense qui se focalise sur une phase de la procédure qui précède immédiatement l'audience au fond et qui peut faire arrêter le procès dès son début ou réduire sensiblement l'activité des parties et, par conséquent, les temps de la justice⁶⁶⁵. Nous parlons d'une sous-catégorie qui se situe entre la défense technique et la défense factuelle, où la stratégie argumentative se fonde sur des justifications ou des motifs d'exonération de la responsabilité pénale, qui peuvent permettre au procès de s'achever plus rapidement du fait de l'admission des faits par l'accusé⁶⁶⁶. Il s'agit d'une sorte d'aveu visant à l'exclusion ou à l'atténuation de la responsabilité pénale de l'accusé. Toutefois, malgré la rapidité de la procédure – surtout en comparaison avec la défense factuelle – et malgré le fait que l'accusé reconnaisse les faits, la défense pré-factuelle ne coïncide pas avec l'aveu de culpabilité proprement dit ou le plaidoyer, puisque l'accusé donne des explications plus détaillées à son comportement, en démontrant que celui-ci n'était pas volontaire ni conscient (1). Malgré les explications concernant la conduite imputable à l'accusé, selon l'avis de

⁶⁶² *Ibid.*, règle 80(1), “La défense doit notifier à la Chambre de première instance et au Procureur son intention d’invoquer un motif d’exonération de la responsabilité pénale en application du paragraphe 3 de l’article 31. Cette notification doit être faite suffisamment tôt avant l’ouverture du procès pour que le Procureur ait le temps de préparer convenablement celui-ci » et règle 79(1)(b) : « La défense informe le Procureur de son intention d’invoquer [...] Un des motifs d’exonération de la responsabilité pénale prévus au paragraphe 1 de l’article 31[...] ».

⁶⁶³ *Ibid.*, règle 80(2)(3), “Une fois reçue la notification prévue par la disposition 1 ci-dessus, la Chambre de première instance entend le Procureur et la défense avant de déterminer si la défense peut invoquer le motif d’exonération de la responsabilité pénale.”.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, règle 80(3).

⁶⁶⁵ A. ESER, *op. cit.*

⁶⁶⁶ W.-A. SCHABA, *An Introduction to the International Criminal Court, op. cit.*, pp. 110-115.

l'auteur, cette défense n'est pas une défense vraiment complète, puisque la stratégie argumentative n'aborde complètement ni les faits ni la procédure. En matière de défenses complètes, la jurisprudence du T.P.I.Y. a offert des opinions divergentes⁶⁶⁷. Néanmoins, la défense pré-factuelle se rapproche plus de la défense factuelle que de la défense technique, avec laquelle elle peut entrer en conflit, dans la mesure où certaines défenses pré-factuelles peuvent interférer avec les droits de l'accusé (2).

1. La défense « pré-factuelle » entre historique des faits et droits procéduraux

Il y a des justifications qui produisent les mêmes effets sur le procès, puisqu'elles se basent sur des circonstances qui réduisent aussi bien la responsabilité de l'accusé que les temps du procès⁶⁶⁸. Pour justifier sa conduite, l'auteur peut s'appuyer sur la perturbation de l'élément moral ou de l'élément objectif du crime, qui peuvent être invoquées devant la Cour puisqu'il s'agit de défenses prévues par le Statut. Ainsi, la défense pré-factuelle peut se fonder sur le fait que l'accusé n'est ou n'était pas conscient à cause d'une maladie mentale, d'un état d'intoxication et d'une erreur qu'il a commis sur les faits ou sur la loi (a). À côté des circonstances subjectives, la défense pré-factuelle peut focaliser ses arguments sur la situation dans laquelle l'accusé a agi, au-delà de son état mental ou physique, en raison du fait que, même s'il était conscient au moment où il a commis le crime, sa volonté a subi une coercition qui l'a forcé à le commettre. Dans ce cas, la défense pré-factuelle s'appuie sur des circonstances objectives telles que la légitime défense, l'état de nécessité et de contrainte, l'ordre hiérarchique et l'ordre de la loi (b). Au-delà de toute distinction, il s'agit de faits justificatifs qui donnent à l'accusé la faculté de justifier le mobile ou la cause du crime.

a. Les circonstances subjectives

i. L'insanité mentale et l'état d'intoxication

Dans le cadre de la typologie de défense que nous avons dénommée « pré-factuelle », des arguments possibles sont l'insanité mentale et l'état d'intoxication du justiciable, qui a donné lieu à un trouble - temporaire ou permanent, partial ou total - de son discernement au moment de la commission du crime. Selon le Statut de la Cour, une personne n'est pas responsable pénalement si, au moment du comportement incriminé, elle souffrait d'une maladie ou d'une déficience mentale ou si elle était dans un état d'intoxication qui la privait de la faculté de comprendre la nature ou le

⁶⁶⁷ Voy. l'opinion dissidente des Juges Cassese et Stephen en matière de défense complète dans l'affaire Ermerdović, v. S. YEE, « The Ermerdović Sentencing Judgement » *cit.*

⁶⁶⁸ Voy. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè Editore, Milano, 1987, p. 231.

caractère délictueux de son comportement, ou qui la privait de maîtriser celui-ci pour le conformer à la loi⁶⁶⁹. Comme pour l'insanité mentale, l'intoxication au moment de la perpétration du crime est un argument peu pratiqué, d'une part, parce qu'il présente toujours le risque d'une aggravation de la position de l'accusé – avant de commettre des crimes horribles, les responsables utilisent parfois des substances psychotropes -, mais, d'autre part, parce que la démonstration de l'état d'intoxication viole intrinsèquement le principe du non renversement du fardeau de la preuve⁶⁷⁰.

En ce qui concerne le risque d'une aggravation de la position de l'accusé, s'il est vrai que certains exécuteurs matériels sont obligés par d'autres personnes à s'intoxiquer par l'assomption d'alcool ou de drogues, afin de réduire leur propres freins moraux et la peur de commettre des actes atroces - comme il est souvent le cas pour les enfants soldats -, il est vrai également que l'intoxication peut être volontaire, dans le but de construire préalablement une exemption de la responsabilité pénale. A cet égard, la Cour admet l'argument de la perte de contrôle des propres actions en tant que perte de la capacité d'apprécier la nature et le dévaloir légal de certaines conduites comme conséquence d'un état d'intoxication, à moins que cette intoxication ne soit pas volontairement provoquée pour se mettre dans la condition d'adopter un comportement ou simplement de risquer de commettre une action qui, dans la conscience de l'auteur, est pleinement illégale⁶⁷¹.

ii. L'erreur sur les faits et sur la loi

L'erreur de fait et l'erreur de droit, qui exonèrent l'accusé de sa responsabilité pénale à la condition que l'erreur fasse disparaître l'élément psychologique du crime, appartiennent également à la typologie de défense définie par nous pré-factuelle, bien que l'erreur de fait touche plus profondément les faits par rapport aux autres arguments et donc se rapproche sensiblement de la défense factuelle⁶⁷². En d'autres termes, l'accusé qui démontre ne pas avoir eu de vraie connaissance des faits n'aura pas non plus la *mens rea* nécessaire pour une condamnation, comme

⁶⁶⁹ C.P.I., art. 31 (1)(a), « ...Elle souffrait d'une maladie ou d'une déficience mentale qui la privait de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour e conformer aux exigences de la loi ... ».

⁶⁷⁰ M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, 2e éd., Ellipses, Paris, 2006, p. 379 et s.

⁶⁷¹ C.P.I., art. 31(1)(b), « ...Elle était dans un état d'intoxication qui la privait de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi, à moins qu'elle ne se soit volontairement intoxiquée dans des circonstances telles qu'elle savait que, du fait de son intoxication, elle risquait d'adopter un comportement constituant un crime relevant de la compétence de la Cour, ou qu'elle n'ait tenu aucun compte de ce risque ».

⁶⁷² *Ibid.*, art. 32, « 1. Une erreur de fait n'est un motif d'exonération de la responsabilité pénale que si elle fait disparaître l'élément psychologique du crime. 2. Une erreur de droit portant sur la question de savoir si un comportement donné constitue un crime relevant de la compétence de la Cour n'est pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale. Toutefois, une erreur de droit peut être un motif d'exonération de la responsabilité pénale si elle fait disparaître l'élément psychologique du crime ou si elle relève de l'article 33. ».

dans le cas d'un chef militaire accusé d'avoir recruté des enfants soldats, dans la conviction qu'ils avaient plus de quinze ans. Il est évident que, pour vérifier l'absence de l'élément psychologique, il faut évaluer les faits, puisque *ignorantia legis non excusat*. Dans le même esprit, l'argument relatif à l'erreur sur la loi ne peut ni éviter ni exclure totalement une analyse des faits allégués afin d'exclure l'élément psychologique⁶⁷³.

Dans cette défense, la responsabilité est exclue dans la mesure où la culpabilité est exclue, même si le fait reste objectivement illégal⁶⁷⁴. Toutefois, le fait n'est pas reprochable à son auteur du fait de son ignorance factuelle ou légale. En réalité, il faudrait distinguer l'erreur de l'ignorance, dans la mesure où cette dernière est le manque total de connaissance alors que l'erreur implique une fausse connaissance, mais le droit pénal indique les deux comme synonymes. D'ailleurs, le Statut ne mentionne pas l'ignorance. L'erreur peut tomber dans la phase de l'idéation du crime, en produisant donc une déformation dans le processus de formation de la volonté, ou dans la phase de l'exécution, lorsque la volonté se traduit en acte. La volonté est toujours concernée et le manque de conscience du caractère offensif, antisocial et illégal de la conduite, l'est aussi à cause d'une mauvaise perception de la réalité ou d'une méconnaissance de la loi⁶⁷⁵.

b. Les circonstances objectives

i. La légitime défense

La doctrine classique distingue entre les motifs d'exonération de la responsabilité et les justifications proprement dites, en vertu du fait que les premières laissent le crime mais excluent l'aspect punitif alors que les deuxièmes excluent le crime tout court, touchant donc l'aspect objectif du crime. Autrement dit, les causes de justification sont des situations où un fait, qui est normalement interdit par la loi pénale, n'est pas un crime à cause de l'existence d'une norme qui

⁶⁷³ *Ibid.*, art. 33.

⁶⁷⁴ Comme dans l'état de nécessité ou de contrainte, il s'agit d'une défense souvent liée à l'argument de l'ordre du supérieur hiérarchique, admis par l'art. 33 du Statut à trois conditions : que l'accusé soit dans l'obligation légale d'exécuter l'ordre ; qu'il méconnaisse l'illicéité de l'ordre et enfin, que l'ordre ne soit pas manifestement illégal, à l'exception des crimes contre l'humanité et du crime de génocide, dont l'illégalité est manifeste étant donné la nature propre des crimes. Toutefois, il s'agit d'arguments différents entre eux, puisque, selon l'art. 32 § 1 du Statut, l'ignorance du droit peut excuser exceptionnellement lorsque, par exemple, l'état du droit matériel n'est pas clair ; à cet effet, dans le *High Command Trial*, en 1948, les juges ont élaboré le critère du « *honest and reasonable belief about the law* », UNWCC (éd.), *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XII, Londres, 1949, p. 106.

⁶⁷⁵ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, CEDAM, Padova, 1992, pp. 362-380 ; voy. également, G. FIANDACA/E. MUSCO, *Diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 1994, pp. 282-286.

l'autorise ou, parfois, l'impose⁶⁷⁶. Bien que, selon le droit pénal classique, la légitime défense soit une justification, le Statut le mentionne en tant que motif d'exonération dans l'art. 31⁶⁷⁷. Dans le cadre de notre théorie de la défense pré-factuelle et de la subdivision entre circonstances subjectives et objectives, nous retenons la légitime défense comme un argument pouvant réduire sensiblement les temps du procès, lorsque la justification est retenue par avérée et que les débats ne nécessitent d'autres preuves supplémentaires⁶⁷⁸.

Pour le Statut de Rome, l'accusé n'est pas responsable s'il a agi raisonnablement pour défendre soi-même ou autrui, ou pour sauvegarder, dans le cadre limité aux crimes de guerre, des biens essentiels à sa survie ou à celle d'autrui ou essentiels à l'accomplissement d'une action militaire, contre un recours imminent et illégal à la force. Dans tous les systèmes juridiques, *vim vi repellere licet*, puisque, étant donné que la loi protège un droit individuel, elle ne peut obliger le titulaire à en accepter sa violation de la part d'autrui sans réagir, comme dans les cas d'agression injuste⁶⁷⁹. La légitime défense peut concerner également un droit appartenant à un tiers, pouvant s'avérer une défense altruiste contre toute menace concrète, actuelle et imminente à un droit autrui⁶⁸⁰.

Pour maintenir une proportionnalité entre agression et réaction, la réaction doit être nécessaire pour garantir la sauvegarde du droit sans être excessive. D'ailleurs, la proportionnalité de la réaction à l'agression est le thermomètre pour évaluer l'intensité de l'action de l'accusé, dont l'ampleur doit rester dans des limites proportionnelles au risque de danger pour lui ou pour autrui. Puisque le droit individuel en danger a, pour la société, une valeur supérieure à celui dont l'agresseur est porteur, il n'y a pas de danger social dans la non application de la sanction pénale en cas de légitime défense⁶⁸¹. En ce qui concerne les crimes de droit international, le paramètre de la proportionnalité des valeurs est encore plus évident car c'est également la communauté internationale qui est titulaire de la valeur à protéger. Lorsque la légitime défense se déroule dans le cadre d'une opération militaire, l'action tombe sous le régime des crimes de guerre, mais la participation à une opération défensive des forces armées ne constitue pas en soi un motif

⁶⁷⁶ Parmi les justifications admises en droit international figurent les représailles, la nécessité militaire, le consentement de la victime. Certaines auteurs mélangent les causes d'exclusion du crime avec les causes de justification, voy. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, op. cit.

⁶⁷⁷ De même, l'erreur de fait ou de droit et l'ordre hiérarchique et l'ordre de la loi sont traités dans des articles à part, respectivement les articles 32 et 33 du Statut de Rome.

⁶⁷⁸ T. CHRISTAKIS/K. BANNELIER, "La légitime défense en tant que « circonstance excluant l'illicéité »", in R. KHERARD(dir.), *Légitimes défenses*, LGDJ, Université de Poitiers, 2007, pp. 233-256.

⁶⁷⁹ M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, *ibid.*, p. 378 et s.

⁶⁸⁰ F. MANTOVANI, op. cit., p. 265-273; F. Antolisei, *ibid.*, pp. 253-261.

⁶⁸¹ F. ANTOLISEI, *ibid.*

d'exonération de la responsabilité pénale⁶⁸². Pour retenir la justification, il peut être nécessaire d'analyse de contexte où les faits se sont déroulés, ce qui rapproche beaucoup cette défense à la défense factuelle. La légitime défense implique néanmoins une inversion du fardeau de la preuve, puisqu'il incombe à l'accusé de prouver l'existence de la légitime défense.

ii. L'état de nécessité ou de contrainte

D'autres arguments pré-factuels que le Statut admet sont l'état de nécessité ou de contrainte, en vertu desquels *necessitas non habet legem*. Pour adopter valablement cette défense, il faut qu'il se vérifie une situation qui ne laisse pas de choix et qui génère, au sein de l'auteur du crime, un sentiment de peur pour sa propre vie et pour la vie d'autrui. Le crime doit avoir été commis sous la contrainte – exercée par d'autres personnes ou constituée par d'autres circonstances indépendantes de la volonté de l'accusé - résultant d'une menace de mort imminente ou d'une atteinte grave, continue et imminente à sa propre intégrité physique ou à celle d'autrui. La proportionnalité exige que, quand l'accusé a agit par nécessité, son action doit avoir été commise d'une manière raisonnable pour écarter la menace et à la condition qu'il n'ait pas eu l'intention de causer un dommage plus grand que celui qu'il cherchait à éviter par son action⁶⁸³. Un exemple typique de la littérature criminologique est le cas du naufrage d'un navire où un survivant rejette de bateau un autre survivant pour se sauver. En d'autres termes, pour déterminer la contrainte ou la nécessité, l'état doit être tel que l'un des droits en compétition doit nécessairement succomber face à la menace inévitable d'un danger personnel⁶⁸⁴. Les arguments défensifs valables pour l'état de nécessité ou de contrainte, c'est-à-dire le manque de danger pour la communauté sociale, sont généralement les mêmes que ceux utilisés pour la légitime défense.

iii. L'ordre hiérarchique et l'ordre de la loi

Une autre stratégie argumentative de la défense très complexe et controversée – sur laquelle notre analyse se limitera aux aspects essentiels - est celle relative à l'ordre hiérarchique ou de la loi, où l'accusé demande d'être exonéré de sa responsabilité pénale s'il a eu l'obligation légale d'obéir aux ordres du gouvernement ou du supérieur, à la condition qu'il ne savait que l'ordre était illégal et qu'il n'était pas manifestement illégal⁶⁸⁵. En effet, si ces critères ne sont pas remplis, la personne n'est pas exonérée de sa responsabilité pénale. Dans la même logique de non « excusabilité », le Statut établit que l'ordre de commettre un génocide ou un crime contre l'humanité est toujours

⁶⁸² C.P.I., art. 31(c).

⁶⁸³ *Ibid.*, art. 31(d).

⁶⁸⁴ F. MANTOVANI, *ibid.*, p. 273-278; F. ANTOLISEI, *ibid.*, pp. 261-267.

⁶⁸⁵ Pour une analyse plus complète, A. ESER, "Defences in war crimes trials", *op. cit.*, p. 254-261.

manifestement illégal⁶⁸⁶, comme l'a confirmé la jurisprudence du T.P.I.Y.⁶⁸⁷. En revanche, la légalité formelle de l'ordre implique la compétence du supérieur à donner l'ordre dans les modalités établies par la loi et la compétence du subordonné à l'exécuter en tant que subordonné⁶⁸⁸. Cette forme de responsabilité est particulièrement épineuse en droit international pénal où les crimes découlent surtout de l'appareil gouvernemental ou militaire, en vertu d'un plan ou d'une politique répandue préfixée, par rapport à laquelle le dissentiment du subordonné, surtout le militaire, n'est pas admis. Toutefois, l'argument est encore très utilisé. Dans l'affaire Lubanga, l'argument de la défense visait à soutenir que, certes, l'accusé était un leader politique mais que, dans le cadre de son activité militaire, il n'était pas un chef mais un simple subordonné tenu d'obéir à ses supérieurs hiérarchiques, lesquels avaient le contrôle exclusif des forces militaires gouvernementales congolaises. Selon la défense, Lubanga était simplement le bouc émissaire⁶⁸⁹.

2. Les effets de la défense pré-factuelle

La stratégie défensive choisie se reflète sur les droits de l'accusé, même quand elle ne dénonce pas de violations de la procédure. Dans cette perspective d'interaction, la défense pré-factuelle peut entrer en conflit avec d'autres défenses, notamment la défense technique (a) ; de plus, chaque argument peut produire plusieurs résultats différents (b).

a. L'interaction avec les droits de l'accusé

i. La place temporelle de la défense pré-factuelle

En conformité à l'obligation de communiquer la stratégie défensive et en application du paragraphe 3 de l'art. 31 du Statut de la Cour et du R.P.P., la procédure à suivre pour invoquer un motif d'exonération de la responsabilité pénale impose que la notification soit faite suffisamment tôt avant l'ouverture du procès devant la Chambre de première instance pour favoriser le contradictoire et donner au Procureur le temps de préparer convenablement ses arguments⁶⁹⁰.

⁶⁸⁶ C.P.I., art. 33.

⁶⁸⁷ T.P.I.Y., *The Prosecutor v. Erdemovic*, Sentencing Appeal, 7 October 1997, *cit.* ; voy. R. RIVELLO, « Les principes généraux de droit et le droit international pénal », in M. CHIAVARIO, *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, *op. cit.*, pp. 102-107.

⁶⁸⁸ F. ANTOLISEI, *op. cit.*, pp. 237-240.

⁶⁸⁹ En revanche, conformément à l'art. 28 du Statut, en tant que supérieur hiérarchique, il a été considéré responsable pour les crimes commis par ses subordonnés. En matière de responsabilité des chefs militaires, selon les critiques du juge Harhoff du T.P.I.Y. – dont la récusation a été évoquée auparavant –, la nouvelle orientation jurisprudentielle introduite par le Président Meron est très favorable aux leaders civiles et militaires puisqu'elle soustrait la responsabilité des hiérarchies civiles et militaires pour les crimes commis par leurs subordonnés.

⁶⁹⁰ C.P.I., règle 80(1).

Toujours dans le respect du contradictoire, la décision de la Chambre de première instance sur l'admissibilité du motif d'exonération sera prise après avoir entendu l'accusation et la défense sur ce sujet⁶⁹¹. Le contradictoire est garanti également lorsque l'accusé est autorisé à invoquer la défense demandée, puisque la Chambre peut ajourner le procès afin de permettre au Procureur d'examiner le motif d'exonération retenu par l'accusé⁶⁹². Mais, au-delà des exigences liées au contradictoire, l'obligation de respecter le délai explique la classification de cette stratégie argumentative comme défense pré-factuelle, dans la mesure où celle-ci se situe dans une phase précise de la procédure, *i. e.* avant l'ouverture formelle du procès et du commencement des débats. Si l'existence du motif d'exonération est vérifiée, le procès pourra voir réduire drastiquement ses temps, parce que l'analyse des faits sera réduite. En outre, le respect du délai empêche à l'accusé d'utiliser cette stratégie argumentative par la suite, de manière instrumentale et uniquement pour faire régresser le procès et différer la décision, puisqu'un tel argument est susceptible d'invalider l'activité probatoire déjà accomplie en précédence - devenue désormais inutile -, avec des conséquences irréparables sur l'économie procédurale, surtout si l'on considère l'ampleur du temps exigé normalement par les débats devant la Cour.

ii. La possibilité d'un conflit avec les droits de l'accusé

L'argument choisi peut produire des résultats variés, parfois contradictoires. La défense adoptée peut justifier l'accusé mais, en même temps, pénaliser sa position, en lui empêchant d'autres voies de recours ou d'autres arguments alternatifs. Il peut se vérifier que l'argument provoque un conflit entre la défense pré-factuelle et la défense technique ou qu'il produise la violation de certains droits. A savoir, pour invoquer l'insanité mentale, il faut prouver l'état pathologique au moment de la perpétration du crime ou au moins au moment où l'accusé subit le procès. La même opération probatoire doit être faite pour la légitime défense et ainsi de suite. Or, jusqu'où peut-on exiger cette preuve de la part de l'accusé sans risquer d'enfreindre le principe du non renversement du fardeau de la preuve ? En effet, l'art. 67 protège l'accusé en matière de *reversal of the burden of proof* et de *onus of rebuttal*, puisque l'accusé ne peut subir le renversement du fardeau de la preuve ni être obligé à la réfutation des charges. Toutefois, en matière d'insanité mentale, la jurisprudence a parfois considéré suffisant que l'accusé soulève simplement un doute raisonnable sur sa santé mentale⁶⁹³. Par ailleurs, le fait d'invoquer certaines

⁶⁹¹ *Ibid.*, règle 80(2).

⁶⁹² *Ibid.*, règle 80(3).

⁶⁹³ Cf. la jurisprudence du T.P.I.Y., en particulier le critère de la prépondérance des preuves : *The Prosecutor v. Delalic et al.*, Order on Esad Landzo's Submission regarding Diminished or Lack of Mental Capacity, 18 June 1998, IT-96-21-T; [même affaire] Order on Landzo's Request for Definition of Diminished or Lack of Mental Capacity, 15 July 1998, Judgement, 16 November 1998, § 1160 et Judgement, 20 February 2001, § 582.

défenses difficiles à prouver pour obtenir l'acquittement de l'accusé est une pratique plutôt compliquée, en raison du risque d'une aggravation de la position de l'accusé. La portée et l'application de la normative statutaire en matière d'exonération de la responsabilité pourra éviter toute interaction et toute possible conséquence contreproductive pour l'accusé.

b. Des résultats différents pour des défenses différentes

Chaque défense est susceptible de produire des résultats différents. La défense technique vise surtout à rendre nul le procès, alors que la défense factuelle se concentre principalement sur l'acquittement de l'accusé ou, du moins, sur une réduction de la responsabilité pénale dans l'affaire, ce qui impliquera par conséquent une réduction de la peine. Il émerge donc une différence, en termes de buts poursuivis et de résultats produits, entre la défense factuelle et la défense technique, cette dernière visant à l'invalidation de tout ou d'une partie du procès sur la base de la violation prétendue des droits de la défense et des règles procédurales respectueuses du procès équitable et des intérêts de la justice. La défense technique ne focalise pas l'attention sur la responsabilité de l'accusé par rapport aux faits et n'aborde pas le fond de l'affaire. Pour les crimes de droit commun, une stratégie défensive qui évite l'analyse des faits est également l'invocation de la prescription du crime, mais devant la Cour, la défense ne peut pas demander la prescription, puisque les crimes de compétence de la C.P.I. ne se prescrivent jamais⁶⁹⁴. La défense technique n'aborde pas directement le problème de l'affirmation de la responsabilité pénale de l'accusé par rapport aux charges et, dans des cas très graves, comme l'abus de procédure, elle provoque l'interruption de la procédure toute entière.

Au-delà du but propre, les deux défenses peuvent obtenir un résultat commun. Tantôt la défense factuelle tantôt la défense technique, si utilisées de façon instrumentale, elles peuvent largement contribuer à réhabiliter l'image publique de l'accusé devant la communauté internationale, puisque les accusés de crimes internationaux sont toujours des anciennes personnalités politiques ou militaires. Lorsque l'innocence de l'accusé est démontrée au prétoire, la défense factuelle aura produit un résultat double : l'acquittement et la réhabilitation sociale. Mais également la défense technique peut viser à la préservation de l'image du justiciable en vertu d'un mécanisme indirect. Premièrement, puisque cette défense ne pénètre pas le procès au fond, l'accusé évitera de lier sa personne à des crimes horribles que l'analyse des faits peut révéler dans les détails. Au lieu d'aborder les faits dont l'atrocité est sous les yeux du monde entier, la défense technique

⁶⁹⁴ C.P.I., art. 29.

peut fonder ses arguments sur le manque d'indépendance et d'impartialité de l'instance ou attaquer la machine judiciaire en la stigmatisant comme arbitraire et responsable d'une justice sommaire. Par conséquent, l'accusé deviendrait une victime politique en raison de son rang et de son appartenance.

Si l'enquête et le procès sont contestés sur la base de violations graves des droits de la défense et des règles du procès équitable, les partisans de l'accusé ou les militants les plus tenaces des droits de l'homme, malgré la gravité absolue des crimes qui lui sont reprochés, feront négliger tout aspect portant sur la responsabilité pénale de l'accusé par rapport aux faits. Par cette stratégie, le bourreau deviendra donc la victime d'un système judiciaire international corrompu par le pouvoir du plus fort. Il s'ensuit que la défense technique est potentiellement plus insidieuse que les défenses factuelle et pré-factuelle, destinées ces dernières, de par leur nature, à rester dans les limites du procès, alors que la défense technique peut dépasser le cadre strictement judiciaire et détourner l'attention des médias sur une histoire de justice niée plutôt que sur les victimes des violations les plus graves des droits de l'homme.

Section II. Les négociations entre accusation et défense : une dialectique conciliatrice

Les temps de la justice sont le fléau du procès pénal international. Le premier procès devant la C.P.I. a débouté le 29 janvier 2007 et s'est conclu le 14 mars 2012 par la condamnation de Thomas Lubanga Dyilo à 14 ans de réclusion. Son procès s'est donc déroulé pendant 5 ans, sans compter le temps du procès devant la Chambre d'appel. L'aveu ou plaidoyer de culpabilité est une stratégie argumentative qui réduit les temps du procès, puisque l'accusé renonce à son droit à être jugé et à s'opposer à la force répressive judiciaire, en reconnaissant sa responsabilité pénale. Il s'agit d'une défense qui peut découler d'une décision autonome de l'accusé ou des consultations entre défense et accusation. En présence de négociations, qui sont l'expression d'une mutation du rapport dialectique traditionnel entre accusation et défense, il est commun de parler de plaidoyer. En effet, la dynamique ordinaire du procès s'appuie sur la querelle et la conflictualité, alors qu'en présence de négociations, la dialectique se décline à travers la conciliation. Les deux parties ne sont plus adversaires mais deviennent contractants, parfois alliées. Par contre, l'aveu simple se limite à interrompre la dialectique, sans aucune négociation entre les parties. Accueilli avec circonspection par les T.P.I., le plaidoyer a joui ensuite d'une large utilisation, lorsque la jurisprudence en a éclairci les critères d'admissibilité (§ 1). Grâce à l'expérience acquise des Tribunaux *ad hoc*, le Statut de Rome présente une réglementation du plaidoyer très articulée et attentive au respect des

intérêts de l'accusé, mais avec des effets parfois divergents (§ 2). Son application pourra réduire sensiblement la durée des procès devant la Cour.

§ 1. La renonciation de l'accusé à la présomption d'innocence

Dans la liberté de choisir sa stratégie défensive, l'accusé peut refuser le débat contradictoire et préférer de plaider coupable. En l'échange de la perspective de certains bénéfices, il renonce ainsi à la présomption d'innocence que le procès ordinaire peut lui garantir⁶⁹⁵. Puisque le plaidoyer fait arrêter ou au moins réduit la durée du procès, il s'en suit que cet instrument favorise les temps de la justice. La célérité est un effet primaire et certain du plaidoyer, alors que tout bénéfice pour l'accusé est simplement potentiel, la Chambre n'étant pas conditionnée ni par l'aveu en soi ni par toute éventuelle négociation entre les parties (A). Après un début de reluctance, les T.P.I. ont beaucoup promu cet institut surtout pour des raisons liées à l'économie procédurale qui en dérive. En réalité, la *ratio* du plaidoyer devrait avantager aussi bien la justice que l'accusé, toutefois il peut parfois se transformer dans un désavantage (B).

A. Le sens d'une justice négociée

La décision de l'accusé de s'avouer coupable peut s'appuyer sur l'admission de sa responsabilité due à un repentir sincère, mais peut naître également pour des simples raisons tactiques et dissimuler une absence totale de remords pour le comportement perpétré ou, parfois, masquer une absence totale de responsabilité. Dans ce cas, l'aveu ne correspond pas à la réalité des faits, quand la décision de l'accusé se fonde sur des simples raisons tactiques et sur des calculs (1). En effet, l'aveu peut s'accompagner de négociations entre la défense et l'accusation portant sur les faits ou sur la peine (2). Toutefois, il y a plusieurs manières de modifier la dialectique traditionnelle entre accusation et défense : l'aveu sans négociations, l'aveu avec négociations et les négociations sans aveu, indiqués respectivement comme *guilty plea*, *plea bargaining agreement* et *bargain agreement*, selon la terminologie propre à la tradition anglo-saxonne, d'où cette forme de justice négociée dérive (2).

1. L'économie procédurale liée au plaidoyer

Par l'aveu l'accusé admet sa responsabilité pénale, normalement puisqu'il regrette son comportement. Les termes aveu et plaidoyer de culpabilité sont couramment employés comme des

⁶⁹⁵ D'avis contraire, voy. A. ALSCHULER, *Implementing the Criminal Defendant's Right to Trial : Alternatives to the Plea Bargaining System*, 50 *U. Chi. L. Rev.* (1983), pp. 931-933.

synonymes, mais le plaidoyer indique également un aveu négocié, à savoir un accord entre les parties sur la responsabilité pénale de l'accusé. Le plaidoyer répond à une forme de justice dite consensuelle ou négociée, qui intervient entre accusation et défense et qui permet de parvenir à la condamnation de l'accusé suite à un *consensus* entre les parties⁶⁹⁶. Quand l'admission de l'accusé de ses responsabilités s'accompagne à un accord avec l'accusation, celle-ci qui s'oblige à mitiger ses prétentions répressives. Le plaidoyer de la tradition anglo-saxonne indique une négociation volontaire entre les parties qui exclue toute interférence de la part des juges. Puisque l'aveu de culpabilité négocié est étranger à la plupart des systèmes juridiques de la *civil law*, le système mixte de la justice pénale internationale a assimilé avec cautèle cet instrument.

Le Procureur peut être conditionné ou non par l'aveu et, dans le premier cas, ses requêtes peuvent amener à des négociations avec l'accusé concernant la mesure et la qualité de la condamnation demandée⁶⁹⁷. L'accusé qui plaide coupable est condamné sans que les juges aient accès au patrimoine probatoire de l'accusation et aient donc acquis l'intime conviction sur sa responsabilité, ce que seul une décision faisant suite à un débat contradictoire peut produire. Généralement les juges ne participent pas aux négociations, mais ils peuvent néanmoins se dissocier des résultats de l'accord, appliquant une peine différente de celle négociée ou réfutant l'aveu de culpabilité⁶⁹⁸. Naturellement, l'accord fait arrêter le procès dans la phase où il intervient et les victimes sont exclues de la négociation. L'aveu de culpabilité avec négociations est un institut susceptible de résoudre l'un des problèmes chroniques qui affecte la procédure devant la Cour, à savoir sa longueur, puisque la procédure suivie évite la formation de la preuve aux débats. La simplification et la rapidité font que cette procédure avantage aussi bien l'administration de la justice que l'accusé, qui pourra ainsi bénéficier d'une réduction de peine⁶⁹⁹. En réalité, les raisons justifiant cette procédure simplifiée sont nombreuses pour l'accusé: la possibilité d'une sanction mitigée, le soulagement de la charge que le déroulement du procès pénal peut représenter pour lui et pour son image, et enfin le besoin de manifester son regret⁷⁰⁰. Toutefois, puisque le fondement de cet instrument juridique réside principalement dans des raisons d'économie procédurale et financières venant de l'élimination du débat contradictoire, un intérêt sera commun à l'accusé et à la justice : les temps raisonnables du procès. La justice de la C.P.I. a besoin de célérité.

⁶⁹⁶ Sur la distinction entre *plea bargain* et *guilty plea* voy. G. Fisher, *Plea Bargaining's Triumph. A History of Plea Bargaining in America*, Stanford University Press, Stanford, 2003, p. 22.

⁶⁹⁷ A.-W. ALSCHULER, *The Prosecutor's Role in Plea Bargaining*, 36 *U. Chi. L. Rev.* (1968), p. 50 et s.

⁶⁹⁸ A.-W. ALSCHULER, *The Trial Judge's Role in Plea Bargaining*, Part I, 76 *Colum. L. Rev.* (1976), p. 1141 et s.

⁶⁹⁹ Voy. M. Delmas-Marty, *Procédures pénales d'Europe*, PUF, Paris, 1995, pp. 513-584.

⁷⁰⁰ S. BIBAS/R.-A. BIERSCHBACH, *Integrating Remorse and Apology into Criminal Procedure*, 114 *Yale L. J.* (2004), pp. 85-90.

Il y a des cas où l'aveu, loin de se fonder sur un châtime personnel ou des remords – qui devraient être toujours subjacent à une admission de culpabilité –, n'est pas authentique, car il poursuit des simples raisons tactiques visant à l'application de circonstances atténuantes et à une réduction de la peine. D'autre part il peut également se vérifier que l'accusé, même s'il est innocent et qu'il continue à proclamer son innocence, décide de plaider coupable puisque toutes les preuves lui sont contraires et il aurait la possibilité d'être acquitté⁷⁰¹. Il s'agit d'une hypothèse extrême, où l'accusé préfère un plaidoyer qui est simplement technique. Dans ce cas, il n'est pas correct de parler d'aveu de culpabilité, puisqu'il s'agit de simples négociations avec le Procureur visant à mitiger les conséquences d'une toute probable affirmation de la responsabilité pénale et qui ont une force contraignante uniquement pour le Procureur. En effet, la Chambre n'est jamais conditionnée par la négociation, son jugement pouvant ne pas tenir compte de l'aveu. Puisque l'admission de la responsabilité pour les faits n'a pas de valeur probatoire matérielle sur le crime allégué, l'aveu n'est pas contraignant pour les juges. Toutefois, pour qu'il soit accepté, l'aveu doit être crédible et se présenter exempt de vice, la volonté de l'accusé devant se préserver intègre et libre de toute crainte ou calcul qui pourrait rendre coupable un innocent⁷⁰². Il faut donc démontrer la gènuinité de l'aveu.

2. Regret, aveu, négociation

Il y a des cas où les négociations ne s'accompagnent pas à un aveu **(a)** et d'autres cas où l'aveu simple produit les effets typiques des négociations **(b)**.

a. Bargain agreement v. guilty plea ou des négociations sans aveu

Comme l'expérience des Tribunaux *ad hoc* l'a démontré, seulement une partie des négociations sur la culpabilité qui interviennent entre les parties tombent dans la catégorie de l'aveu de culpabilité, car il y a des accords qui présentent une nature autre que l'aveu⁷⁰³. En outre, les négociations entre la défense et l'accusation peuvent intervenir dans des phases différentes de la procédure, selon qu'elles concernent les charges, les faits ou simplement la peine à purger⁷⁰⁴. Dans le cas d'un accord sur la peine, il peut intervenir à la fin du procès, quand les parties proposent aux juges une peine qui est le résultat d'un accord entre les parties qui se sont engagées à ne pas

⁷⁰¹ Voy. le "Alford plea" aux États-Unis, *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970).

⁷⁰² M.-J., ARCAUTE-DESCAZEUX, *L'aveu*, Septentrion, Villeneuve d'Ascq, 2000, p. 32, où l'aveu est défini erronément comme la *probatio probatissima*.

⁷⁰³ C. CISSE, *The International Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda: Some Elements of Comparison*, 7 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* (1997), p. 103 et s.

⁷⁰⁴ A.-W. ALSCHULER, *The Defence Attorney's Role in Plea Bargaining*, 84 *Yale L. J.* (1975), p. 1179 et s.

interjeter appel. Il est évident qu'il ne s'agit pas d'un plaidoyer de culpabilité proprement dit, car l'accord intervient à la fin du procès, sans donc produire tous les avantages liés à la simplification et à la célérité de la procédure⁷⁰⁵.

Dans le cadre des négociations simples intervenant avant l'ouverture du procès et de la confirmation des charges, l'accord peut concerner le nombre et la gravité des charges, qui, grâce aux négociations, peuvent être réduites, modifiées ou atténuées en raison de la collaboration du suspect aux enquêtes et de sa participation dans le rassemblement des éléments de preuve. En échange, l'accusé peut aussi demander la protection des membres de sa famille de toute poursuite ou de toute autre conséquence négative tirant de la procédure en cours⁷⁰⁶. Dans d'autres cas, les négociations peuvent prévoir une admission de culpabilité partielle sur les faits, qui vise à éliminer ou réduire toute contestation portant sur les faits que l'accusé a reconnus, dans la mesure où le Procureur s'abstient de contester certains faits, en omettant de produire les preuves en sa possession. L'accusé est donc condamné uniquement pour les faits pour lesquels il plaide sa culpabilité. Enfin, un type de négociation qui est à la croisée entre le *plea bargainig agreement* et le simple *bargain agreement* en matière de preuve est contenue dans la règle 69 du Statut, qui permet aux parties de rejoindre un accord concernant soit la portée des charges soit l'existence soit la valeur de certains éléments de preuve. Dans ces cas, la Chambre peut considérer les faits non contestés comme établis, à moins qu'elle n'en ordonne une analyse plus approfondie dans l'intérêt de la justice ou des victimes⁷⁰⁷.

b. *Guilty plea v. bargain agreement* ou de l'aveu simple avec l'effet des négociations

Il est d'ailleurs possible que l'aveu ne fasse pas suite à un accord avec le Procureur et qu'il produise les mêmes effets qu'une négociation en termes de réduction de la responsabilité contestée et par conséquent, de réduction de la peine. En effet, la mitigation de la peine devrait être une sorte de rétribution pour l'accusé du fait de l'admission de ses responsabilités, qui n'est pas toujours si escomptée. Dans l'affaire Plavšić, le Procureur n'avait promis aucune concession ni exercé aucune pression pour convaincre l'accusé à plaider coupable et l'accusé savait bien que, malgré son aveu, il aurait pu également être condamné à l'incarcération à perpétuité. Malgré l'absence de négociation,

⁷⁰⁵ T.P.I.R., *Le Procureur v. Erdemović*, Jugement relatif à la sentence, 5 mars 1998, IT-96-22-A.

⁷⁰⁶ T.P.I.R., *Le Procureur v. Serushago*, Sentence, 5 février 1999, ICTR-98-39; T.P.I.R., *Le Procureur v. Todorovic*, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de retrait de chefs de l'acte d'accusation et à la requête de la défense aux fins de retrait de requêtes actuellement pendantes devant la Chambre de première instance, 26 février 2001, IT-95-9.

⁷⁰⁷ C.P.I., règle 69.

le Procureur décida de renoncer à la contestation du crime de génocide, en demandant toutefois au T.P.I.Y. une peine très lourde, entre quinze et vingt cinq années de prison, en relation aux charges. Dans les faits, la requête constituait une condamnation à perpétuité vu l'âge de l'accusé au moment du jugement, soixante-dix ans. Malgré le fait que l'aveu de culpabilité portait sur des faits très graves qui auparavant étaient qualifiés de génocide et malgré le manque de négociations avec l'accusation, l'accusé fut condamné à onze ans d'emprisonnement⁷⁰⁸. L'aveu sans négociation a donc produit le même effet que l'aveu avec négociations, à savoir le *plea bargain agreement*. Devant le T.P.I.R., l'aveu de culpabilité de l'accusé Kambanda a produit des conséquences tout à fait opposées. Malgré l'aveu, la Chambre a accueilli la requête du Procureur et a condamné l'accusé à l'emprisonnement à perpétuité car les circonstances aggravantes étaient supérieures aux circonstances atténuantes⁷⁰⁹.

B. Validité formelle et substantielle du plaidoyer de culpabilité

A l'aube de la justice pénale internationale moderne, une large utilisation du plaidoyer n'était ni envisagée ni d'auspice à l'avenir, cette justice visant principalement à des punitions exemplaires. En outre, au début de l'activité des Tribunaux *ad hoc*, aucun problème de temps de la justice ne se posait. Par la suite, les plaidoyers ont été de plus en plus encouragés pour soulager des procédures de plus en plus nombreuses et longues. La première affaire où un accusé a plaidé coupable face à la justice pénale internationale, est l'affaire Erdemović qui a donné plus d'occasions pour régler la matière, d'autant plus qu'à l'époque la normative des T.P.I. n'indiquait pas quelles modalités les Chambres auraient dû appliquer⁷¹⁰. Au cours de l'affaire, le Tribunal a donc fixé des pré-conditions pour l'admissibilité du plaidoyer, notamment une condition substantielle, à savoir que l'aveu soit supporté par des bases factuelles (1). L'architecture du plaidoyer de culpabilité produit des conséquences sur les droits de l'accusé, pouvant se révéler favorable ou contraire à ses intérêts. Les critères fixés par l'affaire Erdemović sont les mêmes pour le plaidoyer devant la C.P.I.⁷¹¹ et sont codifiées dans le Statut de Rome (2).

1. Les critères de validité du plaidoyer

⁷⁰⁸ De plus, face à l'indignation des victimes Musulmanes de Bosnie, l'accusée escompta sa peine en Suède dans une maison pénitentiaire dotée de tout confort ; I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Plavšić*, Sentencing Judgement, 27 February 2003, IT-00-39-40/1-S.

⁷⁰⁹ I.C.T.R., *The Prosecutor v. Kambanda*, Judgement and Sentence, 4 September 1998, ICTR-97-23-S, para. 28. Pour un excursus des procédures devant le T.P.I.R., voy. M.-A. Drumbl, *Rule of Law Amid Lawlessness : Counseling the accused in Rwanda's Domestic Genocide Trials*, 29 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* (1998), pp. 545 et s.

⁷¹⁰ Il existait cependant une norme à l'égard, voy la règle 62 des R.P.P. du T.P.I.Y. et du T.P.I.R.

⁷¹¹ C.P.I., art. 65.

La jurisprudence des T.P.I. a donné une contribution remarquable à la fixation des critères nécessaires pour rendre l'institut du plaidoyer admissible au sein de la justice pénale internationale, distinguant entre conditions procédurales et substantielles **(a)**, et analysant la compatibilité entre le plaidoyer et l'examen des faits **(b)**.

a. Les pré-conditions sous-jacentes

Pour la validité de l'aveu et dans l'intérêt de l'accusé, la jurisprudence des T.P.I. - dont les R.P.P. ont donc été amendés pour réglementer le plaidoyer de culpabilité – a d'abord souligné l'importance que la personne plaide sa culpabilité en relation à chacune des charges et qu'il ait le temps de se consulter préalablement avec son conseil⁷¹². A cet égard, le T.P.I.Y. a rejeté tout plaidoyer intervenu à la première comparution et concernant la totalité indistincte des inculpations, puisque la préoccupation des juges a été principalement d'éviter que l'ambiguïté et l'équivocité du plaidoyer puisse affecter sa validité⁷¹³. Selon l'avis des juges, des « pre-conditions » doivent donc être satisfaites pour l'admissibilité de l'aveu, *i. e.* que celui-ci soit : informé, volontaire et non équivoque⁷¹⁴.

En outre, le Tribunal a distingué entre validité formelle et substantielle, la validité formelle s'appuyant sur le caractère volontaire de l'aveu et sur la pleine connaissance de la nature des charges et des effets du choix, comme conséquence du fait que l'accusé a été préalablement informé. Dans cet esprit, la Chambre d'appel a renvoyé l'affaire Erdemović à la Chambre de première instance, non pas parce qu'elle avait retenu équivoque l'aveu mais parce que l'accusé n'avait pas démontré une volonté sincère de plaider coupable et qu'il n'avait pas été dûment informé sur la signification du plaidoyer⁷¹⁵. En revanche, la validité substantielle demande que l'aveu ne soit pas équivoque et que les parties manifestent leur accord sur des bases factuelles sur lesquelles les charges se fondent⁷¹⁶. En d'autres mots, il faut qu'il y ait une correspondance entre

⁷¹² En effet, l'accusé peut toujours plaider coupable uniquement sur certaines des charges portées contre lui.

⁷¹³ Voy. suite à l'affaire Erdemović fut introduit la règle 62*bis* du R.P.P. du T.P.I.Y., le 12 novembre 1997. Dans l'affaire Kambanda, le T.P.I.R. a fondé sa décision sur les mêmes critères fixés par l'art. 62*bis*. En date 12-13 décembre 2001, la règle 62*ter* fut introduite dans le R.P.P., qui obligeait le Procureur de se conformer à l'accord, tout en restant la Chambre libre de l'accepter ou non ; voy. J.-R.-W.-D. JONES/S. POWLES, *International criminal practice, op. cit.*, pp. 633-639, 642.

⁷¹⁴ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Erdemović*, Opinion séparé du Juge McDonald et du Juge Vohrah, 7 octobre 1997, cit., § 8.

⁷¹⁵ Le tribunal avait accueilli l'aveu de culpabilité de Erdemović en relation aux crimes contre l'humanité, en écartant les charges alternatives de crimes de guerre et l'avait condamné à dix ans d'emprisonnement.

⁷¹⁶ Voy. T.P.I.R., *Le Procureur v. Erdemović*, cité, en particulier le *Plea bargain agreement*, 8/1/1998, par. 18(c) « ... *The parties agreed on the factual basis of the allegations against the accused, and in particular the fact that there was duress.* »

l'aveu et les charges⁷¹⁷. La validité substantielle se rattache donc à la stratégie défensive subjacente au plaidoyer de culpabilité, puisqu'il est dans les possibilités de l'accusé de se défendre sur les faits en choisissant une simplification de la procédure qui lui permettra d'obtenir une condamnation moins lourde.

b. Le problème de la compatibilité des bases factuelles avec le plaidoyer de culpabilité

Dns l'affaire Erdemović, où la stratégie pre-factuelle de la défense s'appuyait sur l'état de contrainte morale et physique, l'accusé demandait sa condamnation tout en niant la *mens rea*, à savoir la volonté au moment de la perpétration des crimes qu'il avait été forcé d'exécuter sous ordre de ses supérieurs hiérarchiques et sous menace de mort contre soi-même et sa famille. Or, selon l'opinion de certains juges, l'argument lié à la contrainte physique et morale peut représenter *a priori* une stratégie de défense complète, à savoir une défense factuelle incompatible avec l'aveu de culpabilité – qui, par contre, exclut le contradictoire puisqu'il exclut la formation de la preuve sur les faits –, dans la mesure où cet argument, s'il est corroboré par des preuves, pourrait porter à l'acquittement de l'accusé⁷¹⁸. D'ailleurs, en manque de preuves suffisantes à charges, l'argument lié à la contrainte physique et morale peut donner lieu à une réduction de la peine et donc produire les mêmes effets que le plaidoyer de culpabilité, à savoir une peine mitigée. L'examen portant sur l'existence et la pertinence des preuves disponibles est incompatible avec cette procédure simplifiée, qui vise à éviter la formation de la preuve⁷¹⁹. Par conséquent, la typicité de l'institut, qui devrait éliminer les débats, serait inconciliable avec l'entrée d'éléments factuels dans le procès.

En réalité, il semble également impossible d'éviter d'emblée toute analyse des faits. Surtout en appel, les arguments peuvent se limiter aux aspects techniques, mais peuvent parfois déborder vers des aspects portant sur le fond de l'affaire⁷²⁰. Les perplexités des juges sur la compatibilité du plaidoyer avec les cas de contrainte physique et morale se fondaient sur l'opinion qu'une vraie négociation présente une connotation formelle presque contractuelle, comme il a été le cas dans l'affaire Jelisić, où l'accusation et la défense ont « signés » le *Agreed Factual Basis for the Guilty*

⁷¹⁷ Devant les Panels pour le Timor Est il y a eu plusieurs cas de plaidoyers ambigus.

⁷¹⁸ Dans l'affaire Erdemović, l'opinion dissidente des juges Cassese et Stephen de la Chambre d'appel se fondait sur le fait que l'état de contrainte n'est pas une défense complète et que l'aveu avait été également équivoque.

⁷¹⁹ Voy. S. YEE, "The Erdemović Sentencing Judgement : A questionable milestone for the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia », 26 (2) *G.J.I.C.L.* 263 (1997).

⁷²⁰ A cet égard, il est intéressante une comparaison entre les appels présentés par Erdemović et Jokić, portant exclusivement sur des aspects légaux techniques, en matière de responsabilité du supérieur hiérarchique, et l'appel proposé par Jelisić, où la Chambre d'appel a jugé erronée le condamnation de l'accusé pour l'assassinat de quatorze personnes, alors que l'accusé avait plaidé coupable pour la mort de treize personnes. Voy. en particulier, T.P.I.Y., *Le Procureur v. Jokić*, Transcript, Apr. 26, 2005, IT-01-42/1-A, p. 316 et 34 ; T.P.I.Y., *Le Procureur v. Jelisić*, Décision, 5 Juillet 2001, IT-95-10-T, par. 93-94.

Pleas to be Entered by Goran Jelisić. Toutefois, dans ce cas, les résultats se sont révélés inutiles pour l'accusé, dans la mesure où l'accord n'avait pas empêché de demander l'incarcération à perpétuité pour des charges à propos desquelles l'accusé avait plaidé coupable. Ensuite, la condamnation à quarante ans d'emprisonnement infligé au prévenu – qui selon le Tribunal n'avait pas montré de remords - a ultérieurement rendu vain l'aveu, qui évidemment visait une condamnation mitigée⁷²¹.

Dans d'autres cas, une contradiction peut apparaître, lorsque le Procureur, pour encourager le plaider, ne se limite pas à réduire les charges ou la peine, mais modifie les bases factuelles sur lesquelles les crimes s'appuient – ce qui signifie aborder les faits – ou demande l'acquittement de l'accusé par rapport à certaines charges sur la bases de certains éléments probatoires⁷²². Il faudra vérifier si la Cour, aux fins de la procédure sur le plaider, appliquera le pouvoir d'intervention qui manquait aux T.P.I., demandant au Procureur des preuves supplémentaires, y compris des dépositions de témoins, lorsque l'intérêt de la justice et surtout des victimes l'impose⁷²³. Il s'agit évidemment d'une contamination du plaider par des aspects factuels typiques du procès. Toutefois, il faut reconnaître qu'il est impossible d'éviter complètement les éléments factuels, surtout lorsque les négociations portent sur la configuration des charges, car l'accusé peut avoir un intérêt à plaider coupable pour des crimes moins graves concernant des faits de moindre gravité, mais continuer à proclamer son innocence en relation aux imputations les plus lourdes. Dans ces cas, il s'avère nécessaire d'aborder les faits subjacents aux charges.

2. Le plaider contre-productif

Il y a des cas où le plaider ne produit pas d'effets avantageux pour l'accusé, au point qu'il n'y a aucune différence entre une peine infligée suite à un plaider de culpabilité et une peine qui fait suite à une procédure ordinaire du procès⁷²⁴. Au début de l'activité des T.P.I., les plaidoyers de culpabilité présentaient ce risque, dans la mesure où ils ne garantissaient pas de réduction de la sanction ; c'est le processus évolutif du procès pénal international qui a rendu le plaider cohérent avec l'intérêt de l'accusé à une peine plus mitigée. Dans l'affaire Simić les négociations avec le Procureur avaient permis à l'accusé d'éviter l'approfondissement de l'instruction et de ne pas révéler les informations qui impliquaient les autres accusés. Comme résultat des négociations,

⁷²¹ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Jelisić*, Décision, 14 décembre 1999, IT-95-10-T.

⁷²² T.P.I.R., *Le Procureur v. Rutaganira*, Transcript, 17 Janvier 2005, ICTR-95-1C-T, p. 9.

⁷²³ C.P.I., 65(4)(a).

⁷²⁴ S.-J. SCHULHOFER, *Plea Bargaining as Disaster*, 101 *Yale L. J.* (1992), p. 1979 et s.

l'accusé avait demandé et obtenu la non contestation du Procureur de certaines des nombreuses charges contre lui. Cependant, malgré certaines admissions, les juges n'ont pas retenu nécessaire d'offrir à l'accusé une mitigation de la peine, motivant la décision par le refus de l'accusé de révéler certaines informations, par le manque de coopération dans la recherche de la vérité et par la tardivité de son aveu, qui, avec la précarité de ses conditions de santé, avaient provoqué des retards du procès⁷²⁵. Par ailleurs, les négociations avec le Procureur n'avaient pas eu d'effet et, de plus, par l'admission de ses responsabilités, l'accusé n'a fait que renoncer définitivement à la possibilité d'un acquittement.

Dans l'affaire Deronjić, l'*Agreement of the Parties* signé au cours des investigations, avait eu pour objet la non contestation de certaines charges – parmi lesquelles les allégations concernant le massacre de *Srebrenica* - en l'échange d'informations utiles aux enquêtes. Toutefois, au cours du procès, le Juge Schomburg contesta l'arbitraire des charges sélectives de la part de l'accusation, puisqu'elles ne tenaient pas compte des nombreux éléments confirmant une responsabilité pénale de l'accusé plus importante. En vertu de ses exceptions, le juge demandait donc des élucidations supplémentaires sur des épisodes d'une certaine gravité. Le Procureur avait répliqué en soutenant que la défense avait retenu la présence d'un alibi à l'égard de certaines charges non retenues, en particulier qu'il se trouvait ailleurs au moment des massacres. L'histoire du procès souligne que le plaidoyer n'a pas empêché aux juges de s'immiscer dans les négociations entre les parties ni de faire déborder la défense technique dans une défense factuelle, avec des conséquences négatives sur l'accusé et sur le travail du Procureur, qui a été enfin obligé de se justifier⁷²⁶.

§ 2. L'art. 65

En plaidant coupable et en renonçant à la contestation des charges contre lui, l'accusé renonce à l'un de ses instruments procéduraux fondamentaux : le contradictoire. Donc la justice négociée ne semble pas incompatible avec les droits de l'accusé, d'ailleurs l'accusé n'est pas obligé au contradictoire. Toutefois, cette conclusion est plutôt théorique, étant destinée à se confronter avec la pratique du procès pénal international (A). L'aveu de culpabilité est donc une renonciation de l'accusé à se défendre, mais il est également la renonciation de l'accusation à sa reconstruction des faits. En fait, selon un point de vue différent, le plaidoyer permettrait la recherche de la vérité plus rapidement, grâce à la contribution directe du responsable (B).

⁷²⁵ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Simić*, Décision, 17 Octobre 2002, IT-95-9/2-S.

⁷²⁶ I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Miodrag Jokić*, Second Amended Indictment, 27 August 2003, IT-01-42.

A. La liturgie du plaidoyer devant la Cour

Les juges internationaux avaient mis en doute la compatibilité entre la pratique du plaidoyer et les droits fondamentaux de l'accusé, comme le droit à ne pas témoigner contre soi-même ou le droit au silence, qui seraient violés implicitement par le fait de reconnaître certains faits. De plus, selon les juges, les résultats des plaidoyers donnaient lieu à des inégalités, dans la mesure où ils ne produisaient pas les mêmes bénéfices pour tous les accusés plaidants, mais uniquement pour ceux disposant d'un nombre important de révélations à faire⁷²⁷. La réglementation que la C.P.I. adoptera en matière de plaidoyer est l'héritage de l'expérience des T.P.I. **(1)**, qui tient compte de maintenir en équilibre une pluralité d'intérêts **(2)**.

1. Le pouvoir de contrôle de la Chambre

La réglementation du plaidoyer contenue dans le Statut affirme la liberté des parties de négocier **(a)** et le pouvoir de la Chambre de vérifier la présence des pré-conditions nécessaires pour la validité du plaidoyer, afin que la liberté des parties contractantes ne déborde pas dans l'arbitraire **(b)**.

a. La liberté des parties de négocier

A la première comparution, une fois donnée lecture des charges et la vérification que l'accusé a compris leur nature, la Chambre de première instance lui demande s'il entend plaider coupable ou non coupable⁷²⁸, c'est le début du procès. L'art. 64 du Statut fait simplement référence à une admission de culpabilité, toute éventuelle négociation entre l'accusé et le Procureur n'est pas mentionnée. Également l'art. 65 statut en matière d'aveu simple, à l'exception du paragraphe 5). En effet, la réglementation minutieuse donnée par le Statut démontre comme la pratique des T.P.I. a transmigé dans la normative statutaire, qui exige la vérification que toute une série de pré-conditions soient respectées afin de considérer l'aveu admissible. Puisque l'art. 65 indique que la décision de plaider coupable peut résulter soit d'une décision prise par l'accusé en toute autonomie soit à la suite d'un accord avec le Procureur, il s'en déduit que les deux typologies de plaidoyers –

⁷²⁷ A cet égard, voy. les critiques soulevées par le Juge Liu Daqun dans l'affaire Nikolić, I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Nikolić*, Transcript, 6 May 2003, IT-02-60-PT, pp. 285-286.

⁷²⁸ C.P.I. art. 64(8)(a), « [...] A l'ouverture du procès, la Chambre de première instance fait donner lecture à l'accusé des charges préalablement confirmées par la Chambre préliminaire. La Chambre de première instance s'assure que l'accusé comprend la nature des charges. Elle donne à l'accusé la possibilité de plaider coupable selon ce qui est prévu à l'article 65, ou de plaider non coupable ; ».

l’aveu simple et l’aveu avec négociations - suivent la même réglementation en ce qui concerne la présence des pré-conditions d’admissibilité.

La lettre du paragraphe 5) démontre en peu de lignes que le Statut ne pose pas de limites à la liberté des parties de négocier la justice, ce pouvoir étant l’expression de la dialectique contradictoire la plus ample. Toutefois, cette liberté n’est pas illimitée ni arbitraire, trouvant toujours une limite dans la liberté de la Chambre de ne pas reconnaître la négociation. La Cour n’est jamais engagée par les discussions entre l’accusation et la défense sur la modification des chefs d’accusation, sur l’aveu de culpabilité ou sur la peine⁷²⁹. Mais, également l’autonomie de décider n’est pas inconditionnée, la Chambre devant toujours donner compte de ce qu’elle a établi ; même lorsqu’elle statue sur le plaidoyer de culpabilité, sa décision est toujours motivée et les motivations sont consignées au procès-verbal⁷³⁰. En outre, la Chambre n’est pas entravée dans la détermination de la durée de la peine. Sa décision étant discrétionnaire et autonome, elle n’a pas non plus de limite minimum ou maximum à son application, sa décision s’appuyant sur les indications données par le Procureur, qu’elle n’est pas, par ailleurs, tenue d’observer.

b. La vérification des pré-conditions

La Chambre de première instance ne se limite pas à prendre acte de la volonté exprimée, mais vérifie le respect des pré-conditions subjacentes, en s’assurant préalablement que l’accusé comprend la nature et les possibles conséquences de sa décision⁷³¹. Les juges vérifient également le caractère volontaire de la décision prise par l’accusé et que celle-là a été précédée par des consultations avec son conseil, qui ne peuvent pas être génériques, car le Statut prescrit que les juges vérifient que la consultation a été « *suffisante* »⁷³². En outre, la Cour vérifie si l’aveu concerne les faits de la cause tels qu’ils sont décrits dans les charges présentées par le Procureur et admises par l’accusé, et tels qu’ils émergent de tout élément de preuve produit par l’accusation et accepté par la défense⁷³³. En effet, l’une des nouveautés importante du Statut en matière d’aveu est que celui-ci doit être « *étayé par les faits de la cause* », la simple reconnaissance de la culpabilité n’étant pas suffisante pour admettre une procédure qui risquerait d’être sommaire⁷³⁴. Une fois seulement que toutes ces conditions sont réunies et que l’aveu de culpabilité est « *accompagné de toutes les*

⁷²⁹ *Ibid.* art. 65(5).

⁷³⁰ *Ibid.*, règle 139(2).

⁷³¹ *Ibid.*, art. 65(1)(a).

⁷³² *Ibid.* art. 65(1)(b).

⁷³³ *Ibid.* art. 65(1)(c)(i)(ii)(iii).

⁷³⁴ N. JEANNE, “Art. 65. Procédure en cas d’aveu de culpabilité”, in J. Fernandez/X. Pacreau (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Editions Pedone, 2012, p. 1478.

preuves complémentaires présentées », les juges pourront déclarer l'accusé coupable du crime sur lequel l'aveu de culpabilité porte et dont l'aveu de culpabilité « *établit tous les éléments constitutifs* »⁷³⁵.

En revanche, si les juges estiment que lesdites conditions ne sont pas réunies, ils en concluent « *qu'il n'y a pas eu aveu de culpabilité* »⁷³⁶. En effet, le manque de l'une desdites conditions fait que l'aveu de culpabilité est considéré détaché par rapport aux faits reprochés, lorsqu'il n'y a pas de correspondance entre les faits, les charges et les preuves. La présence d'un *gap* dans la concaténation de ces éléments fait donc que l'aveu de culpabilité, ne concernant pas les faits de la cause, sera considéré comme non présenté, ce qui permettra aux juges d'ordonner que le procès se poursuive selon la procédure ordinaire⁷³⁷. La Chambre prendra la même décision lorsque les juges seront persuadés qu'une présentation plus complète des faits servira les intérêts de la justice et « *en particulier* » les intérêts des victimes. Dans cette hypothèse, le paragraphe 4) ne fait pas mention des intérêts de l'accusé, ce qui est évidemment une lacune qui ne se justifie pas, si non par la considération que le renvoi à la procédure ordinaire se fonde uniquement sur l'exigence d'une présentation plus complète des faits qui serait certainement plus favorable à l'accusé, puisque son intérêt ne peut qu'être affecté par une analyse superficielle des faits comme conséquence d'une procédure plus rapide.

2. Le balancement des intérêts en jeu

En général, les négociations entre les parties ne vont pas au détriment de l'accusé, puisque l'accusé accepte les conditions et puisque l'interférence des juges sur les négociations est limitée. En prêtant son consensus aux conditions qui font l'objet des négociations, l'accusé ne fait que renoncer à la contestation de toute possible violation de ses droits, puisqu'il accepte le résultat d'une justice consensuelle. Toutefois, si l'interférence des juges dans les négociations est limitée, le contrôle sur la validité du plaidoyer ne l'est pas. En effet, l'organe juridictionnel effectue un contrôle et analyse les faits pour comprendre si les modalités des négociations portent sur les faits et sur les charges ou tout simplement sur la peine. Le contrôle des juges peut produire des effets sur les intérêts de l'accusé **(a)**, mais également le manque de contrôle produira des effets **(b)**.

a. Les effets dérivants du contrôle

⁷³⁵ *Ibid.* art. art. 65(2).

⁷³⁶ *Ibid.*, art. 65(4).

⁷³⁷ *Ibid.* art. 65(3).

La volonté de l'accusé peut être sacrifiée et le plaidoyer refusé si l'aveu résulte étranger aux faits, aux charges et aux preuves, mais également si le choix résulte contraire aux intérêts de la justice et aux intérêts des victimes. Les intérêts de la justice et des victimes peuvent converger dans l'intérêt commun à une reconstruction complète et éclaircie de la vérité sur certains faits particulièrement graves et obscurs et, en vertu de ces intérêts et dans le cadre de la même affaire, la Chambre peut demander au Procureur de présenter toute preuve supplémentaire susceptible de fournir une présentation plus complète des faits⁷³⁸. Toutefois, cette dernière disposition va en opposition avec les exigences d'économie procédurale justifiant le plaidoyer de culpabilité. Néanmoins, l'équilibre procédural des intérêts en jeu est rejoint à nouveau puisque le R.P.P. prescrit que, dans l'hypothèse indiquée dans le paragraphe 4), la Chambre « *peut solliciter l'avis* » de l'accusation et de la défense⁷³⁹. Toutefois, à notre avis, la simple prévision d'un pouvoir et non d'un devoir est indicateur de la considération dont jouit la défense lorsque la Chambre se trouve à évaluer la nécessité d'une présentation plus complète des faits.

Quand l'accusé reconnaît les faits retenus contre lui selon une clé interprétative mitigeant sa conduite, l'entente avec l'accusation produira, selon le cas, une réduction, un changement ou une reformulation des chefs d'accusation en sens favorable à l'accusé⁷⁴⁰. Il peut, par exemple, s'agir de l'élimination d'une charge alternative, qui cependant n'élimine pas le rôle de l'accusé dans les faits. Dans cette hypothèse, le juge se trouve à évaluer les éléments de preuve qui sont déjà disponibles, afin de considérer si la vérité fruit de l'accord est raisonnable et cohérente. Dans ce cas, toutefois, il n'est pas correct de parler d'une reconstruction de la vérité proprement dite, en raison du fait que le débat n'a pas été ouvert et qu'il n'y a pas d'audience au fond de l'affaire, même si les preuves déjà existantes au moment des négociations sont mises à disposition au prétoire. Le juge peut aller jusqu'à rechercher des éléments aptes à corroborer les preuves disponibles, en faisant recours à d'autres preuves déjà existantes, comme l'acquisition d'interrogatoires sur les mêmes faits que l'accusé a déjà rendus dans le cadre d'autres procédures⁷⁴¹. Dans ce cas, le contrôle du juge sur les faits n'est que la conséquence du contrôle sur la régularité et solidité des tractations intervenues entre les parties. Le bénéfice qui dérive du fait d'éviter un long procès – comme les procès devant la C.P.I. - servira certainement aussi bien aux fins de la justice qu'à celles de l'accusé.

⁷³⁸ *Ibid.* art. 65(4)(a).

⁷³⁹ *Ibid.* règle 139(1).

⁷⁴⁰ Voy. l'affaire *Erdemovic*, où, en l'échange de l'élimination d'un chef alternatif, l'accusé a reconnu ses responsabilités par rapport aux faits retenus et a largement coopéré dans le recueil d'autres éléments de preuve, en manifestant publiquement son regret, cit., § 8.

⁷⁴¹ Voy. également T.P.I.Y., *Le Procureur v. Jelisic*, Jugement, 14 décembre 1999, IT-95-10, § 8.

b. Les effets dérivants du manque de contrôle

Il y a, toutefois, des cas où le juge n'effectue aucun contrôle, sa fonction étant limitée à enregistrer la volonté des parties et à prendre acte de l'accord rejoint. Ici, le risque d'un approfondissement de l'affaire au fond qui peut s'avérer au détriment de l'accusé n'est pas envisageable. En effet, la seule vérification concerne la correspondance entre le crime indiqué dans l'acte d'accusation, les faits et l'implication de l'accusé dans les faits. Il n'y aura pas d'analyse des moyens de preuve déjà en possession de l'organe des poursuites. Dans ce cas, les temps de la procédure garantissent une célérité extraordinaire, car le juge accepte *sic et simpliciter* la reconstruction accusatoire des faits. Toutefois, un danger potentiel envers les intérêts de l'accusé peut également s'envisager, puisque celui-ci peut être encouragé à un tel choix uniquement pour éviter la longueur d'un procès. Autrement dit, l'accusé peut bien considérer plus convenable de suivre le chemin conduisant vers un résultat certain qui ne pourra être mis en doute par les juges. Face à cette perspective, l'accusé peut donc être tenté de renoncer à toute possibilité d'être acquitté, ce qui est contraire au principe de la présomption d'innocence.

En revanche, une analyse de l'arsenal probatoire disponible peut se révéler également favorable à l'accusé, puisqu'il permet au juge de contrôler si l'accord se base sur une reconstruction des faits présentant des incongruités entre les charges, les faits et la participation prétendue de l'accusé, indépendamment du fait qu'elle ait été avouée volontairement. En effet, il peut s'avérer que la décision de plaider coupable ne provient ni des remords de l'accusé ni d'une reconstruction des faits exacte, mais plutôt de choix plus pratiques, répondant à des stratégies précises et à des calculs mathématiques portant sur les années d'incarcération possibles. Une telle analyse ne peut que négliger l'examen de toute éventuelle présence d'éléments factuels favorables à l'accusé. Dans cette hypothèse, même si la procédure adoptée s'appuie sur la volonté manifestée librement par l'accusé, le principe de la présomption d'innocence n'est pas vraiment respecté. Mais, il y a d'autres garanties de l'accusé qui risquent de subir un préjudice, à savoir : le droit de l'accusé à être jugé suite à un jugement d'une instance juridictionnelle tierce et impartiale, et non condamné sur la base des seules conclusions de l'accusation ; le droit à être jugé suite à un procès public – alors que, normalement, les audiences sur les plaidoyer de culpabilité ne sont pas publiques – et suite à un débat contradictoire ; le droit à être protégé de toute auto-incrimination ; le droit à être jugé dans un délai raisonnable, mais dans le cadre d'une procédure ordinaire efficace et expéditive et non uniquement suite à un aveu de culpabilité.

En outre, malgré les avantages liés à l'économie procédurale et à la réduction de la peine, la renonciation au procès implique un autre risque pour l'accusé, puisque la justice pénale internationale ne prévoit pas une échelle des peines préalablement établies et par conséquent, le juge peut toujours infliger une peine supérieure à celle résultant de l'accord intervenu entre l'accusation et la défense. Il est donc possible d'envisager une zone d'ombre également en ce qui concerne le respect du principe de la légalité de la peine. Ainsi, les négociations à la base de la peine acceptée et proposée aux juges auront produit le seul effet d'avoir obligé l'accusé – cela ne vaut pas pour le Procureur - à accepter des conditions qu'il n'aurait jamais accepté dans d'autres circonstances et en manque de la perspective d'une condamnation mitigée, d'autant plus que, généralement, le plaidoyer de culpabilité s'accompagne à la renonciation de l'accusé à interjeter appel.

B. Les effets du plaidoyer sur la vérité

La réduction des temps modifie la morphologie du procès et condense la reconstruction des faits. Selon des points de vue différents, la condensation de la vérité peut la déformer, empêchant sa révélation (1) ou, au contraire, peut rendre plus directe et immédiate sa révélation (2).

1. Les opinions défavorables : la vérité sacrifiée

Dans le milieu de la justice pénale internationale, le recours au plaidoyer a soulevé plusieurs critiques, comme celle selon laquelle la célérité limite une analyse plus complète et détaillée de la réalité et empêche la participation des victimes à la reconstruction de la vérité. Selon ces critiques en outre, une reconstruction incomplète de la vérité risque de provoquer une désillusion au sein de la communauté internationale. L'aveu instrumental tirant du calcul de l'accusé et non de son remord produit souvent des distorsions de la vérité, puisque la vérité offerte par l'accusé, en réduisant les temps du procès, vise en réalité à éliminer toute occasion de contester les faits de la part des autres parties. Les exigences de célérité peuvent donc prévaloir sur l'approfondissement au fond de l'affaire dans le fond⁷⁴².

Le doute est si cette procédure expéditive sert vraiment les fins de la justice, si l'on considère que la justice pénale internationale ne se limite pas à sanctionner mais exige qu'une vérité judiciaire

⁷⁴² I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Miodrag Jokić*, Sentencing Judgement, 18 Mars 2004, IT-01-42/1-S, paras. 7-11.

émerge pour favoriser la paix. D'ailleurs, la vérité judiciaire émerge uniquement par la présentation des preuves au procès, qui permet ainsi la divulgation des faits de la part d'une instance reconnue par la communauté internationale, comme l'est la C.P.I.. En outre, la vérité doit se révéler au sein d'un débat public, au moment où la contestation des charges et la formation de la preuve en contradictoire jouent un rôle déterminant pour l'affirmation de la vérité judiciaire et pour la réconciliation sociale⁷⁴³. Devant les T.P.I., le recours aux plaidoiries de culpabilité a certainement produit des lacunes dans la reconstruction de la vérité judiciaire. Or, une vérité fragile sur des faits historiques d'une certaine ampleur et gravité risque toujours de subir des instrumentalisation surtout de la part de sujets politiques intéressés à une lecture des faits factieuse et susceptible d'une vision révisionniste, ayant pour conséquence d'obstruer l'une des finalité de la justice de la Cour : la réconciliation. Dans ces cas, la justice pénale internationale aura rendu un mauvais service.

Par la renonciation à se défendre, le plaidoyer de culpabilité impliquerait donc une renonciation à la recherche de la vérité, qui est la finalité primordiale des enquête de la C.P.I.. Cet instrument de justice consensuelle ne pose pas beaucoup de problèmes lorsqu'il est appliqué aux crimes de droit commun. Mais, sa fonction dévient discutable dans le cadre de la justice pénale internationale, où la recherche judiciaire de la vérité pour des crimes affreux ne se termine pas dans le prétoire. La justice pénale internationale, tout en restant impartiale, ne peut pas négliger l'opinion publique, puisque les violations massives des droits de l'homme impliquent l'intérêt de la société internationale dans son ensemble et non pas uniquement des sociétés impliquées par les violations. Par conséquent, tout avortement de la vérité intervenant à la suite d'un plaidoyer de culpabilité soumet à l'économie procédurale la vérité, la demande de l'opinion publique d'être rassurée de toute menace à la paix et le besoin des victimes de faire entendre leur voie. Puisque les victimes sont exclues des négociations, d'une part, elles sont protégées de l'obligation de se rendre devant la Cour pour remporter des souvenirs toujours traumatisants, mais d'autre part, leur vues et préoccupations n'auront plus de possibilité d'être entendues par voie judiciaire⁷⁴⁴. Il se vérifie également que la réparation soit souvent symbolique et que le regret manifesté par l'accusé ne soit pas sincère, mais apparent et finalisé tout simplement à la réduction de la peine⁷⁴⁵. En outre, quant à son image publique, en avouant sa culpabilité, l'accusé détache son image des crimes horribles qui font l'objet de la poursuite contre lui.

⁷⁴³ A.-M. LA ROSA, *Juridictions pénales internationales. La procédure et la preuve*, op. cit., p. 380.

⁷⁴⁴ Il faut toujours considérer le pouvoir de la Chambre d'ordonner que certains aspects soient élucidés dans l'intérêt de la justice et des victimes ; à cet égard, voy. la règle 69.

⁷⁴⁵ Voy. N.-A. COMBS, *Guilty Pleas in International Criminal Law. Constructing a Restorative Justice Approach*, Stanford University Press, Stanford, 2007, pp. 174-176.

2. Les opinions favorables : la vérité révélée

Il y a des opinions favorables à cette procédure simplifiée, qui tiennent compte des effets positifs du plaidoyer de culpabilité. En premier lieu, la célérité de la procédure va à l'encontre des intérêts de la justice. En deuxième lieu, la mitigation de la peine à purger peut encourager d'autres responsables à avouer leurs responsabilités⁷⁴⁶, en outre, les propos de réhabilitation et les remords qui accompagnent le plaidoyer des accusés sincèrement repentis contribuent à la finalité rééducative de la peine. Il faut ajouter que cette procédure favorise la cristallisation de certains faits utiles aux enquêtes encore en cours ou successives, contribuant à préserver des moyens de preuve susceptibles de se perdre ou de se détériorer par les temps interminables propres au procès ordinaire. Enfin, la cristallisation de la vérité judiciaire en temps rapides empêche tout négationnisme successif sur certains crimes horribles, favorisant ainsi la réconciliation sociale et la paix. Selon la doctrine, le caractère réparateur et non pas uniquement répressif de la justice pénale internationale devrait encourager beaucoup le recours au plaidoyer de culpabilité devant la C.P.I., ce qui satisferait mieux le besoin de la société internationale de retrouver l'harmonie dans la réconciliation par le biais de procès rapides et efficaces, en mesure d'assurer sans retard les responsables à une justice à vocation universelle⁷⁴⁷. Les considérations que des juges internationaux ont fait lorsqu'ils ont dû décider si accepter ou non le plaidoyer ont été que la nature affreuse de certains crimes justifie parfois le sacrifice de certains droits de l'accusé, puisque les avantages que cette procédure offre sont plusieurs.

CONCLUSION CHAPITRE I

Dans le cadre d'un jeu de rôles, la défense incarne l'espace juridique consacré à l'accusé, un domaine réservé, sacré et incontournable, où l'accusé est protégé en tant que personne et qui lui est dû par la loi afin de pouvoir réfuter sa condition d'accusé. L'accusé doit donc se confronter avec l'accusation, qui, dans le cadre de la dialectique propre à la C.P.I., est une partie au sein d'un modèle procédural mixte présentant un caractère accusatoire très marqué. La clé du rapport dialectique entre l'accusation et la défense est donc dans la mixité de la procédure adoptée par la Cour, qui est le résultat de la confluence, dans un seul modèle procédural, de deux traditions juridiques opposées, où le Procureur jouit d'un pouvoir remarquable qui anéantit la défense,

⁷⁴⁶ En réalité, pas dans tous les cas les plaidoyer encouragent les autres responsables à plaider, du fait des implications d'ordre moral qui accompagnent l'aveu. A cet égard, voy. I.C.T.R., *The Prosecutor v. Ruggiu*, Judgement and Sentence, 1 June 2000, ICTR-97-32-I, para. 38.

⁷⁴⁷ Pour une analyse approfondie de la théorie du plaidoyer comme justice réconciliatrice, à savoir *plea bargaining as restorative justice*, voy. N.-A. COMBS, *ibid.*, pp. 137-154, 170-171.

reléguée dans les limites d'une dialectique classique, où l'opposition se déroule selon les arguments classiques de la défense, ce qui n'exclut pas la dialectique conciliatrice. Cette dernière réduit les temps du procès et les prétentions répressives de l'accusation par le biais de négociations avec la défense, mais doit encore s'adapter à la pratique de la Cour, qui devra répondre à la question concernant l'opportunité du plaidoyer dans le milieu de la justice pénale internationale, surtout aux fins de la réduction des temps infinis des procès. Au-delà du fait que la négociation aborde simplement des aspects purement formels, comme la quantité ou la qualité des charges, ou qui concerne les faits et leur reconstruction, il semble que le plaidoyer sacrifie à l'économie procédurale le besoin que la communauté internationale a à d'établir précisément la vérité sur certains épisodes parmi les plus affreux de l'histoire de l'humanité, sans compter la compression des garanties procédurales de l'accusé, notamment son droit à être présumé innocent⁷⁴⁸.

⁷⁴⁸ W.-A. SCHABAS, *Sentencing by International tribunals: A Human Rights Approach*, 7 *Duke J. Comp. & Int'l L.* (1997), p. 461 et s.

CAPITRE II. LES « ARMES » DE LA DIALECTIQUE : LES MOYENS DE PREUVE

L'égalité des armes est « *un élément indissociable d'un procès équitable* », où l'accusation et la défense doivent avoir les mêmes moyens et les mêmes possibilités de présenter leur cause⁷⁴⁹. Le régime de la preuve est révélateur des éléments accusatoires de la procédure de la Cour. La construction la plus correcte du procès dépend de la manière dont les preuves sont introduites au prétoire, afin que des faits historiques pénètrent dans le contexte juridique selon des règles appartenant à un modèle procédural donné. En vertu de sa mixité, la procédure de la Cour a écarté la rigidité formelle pour privilégier un régime plus flou et informel, apte à favoriser le plus que possible la reconstruction de la vérité dans le respect de la légalité, de l'équité et des droits de l'accusé. A travers le régime probatoire de la Cour, la dialectique entre les deux parties antagonistes se réalise grâce à une oralité dynamique qui dépasse la rigueur statique du procès inquisitoire écrit. Ainsi, la preuve écrite est surclassée par la preuve testimoniale, qui est la preuve par excellence du modèle accusatoire. Le témoignage oral rendu au cours du prétoire et les autres moyens de preuve classiques permettent au Procureur d'accomplir l'obligation que la règle du non renversement du fardeau de la preuve lui impose, c'est-à-dire démontrer la responsabilité pénale de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable (**Section I**).

En même temps, le moyen de preuve orale présenté à l'audience est le seul qui, grâce au contre-interrogatoire, permet vraiment à la défense le droit au contradictoire. En matière d'égalité des armes, donc, la symétrie entre accusation et défense n'est pas garantie génériquement par la disponibilité des mêmes moyens de preuve pour les deux parties, mais plutôt par la qualité des preuves et par le mécanisme dynamique à travers lequel elles participent au procès. Les moyens de preuve principales, comme le témoignage, sont incontournables pour l'accusation, obligée par l'*onus probandi*, alors qu'ils ne le sont pas pour l'accusé, qui peut bien renoncer à se défendre, n'étant pas obligé à l'*onus of rebuttal*. Cependant, une fois décidé à se défendre, l'accusé pourra faire recours non simplement aux mêmes moyens permis à l'accusation, puisqu'il pourra choisir des moyens de preuve typiquement à décharge, comme la *disclosure* et le contre-interrogatoire. Il s'agit de deux éléments participant du régime probatoire de la Cour, qui présentent une importance primordiale surtout pour l'accusé, lui permettant de réfuter les inculpations et de faire valoir sa défense (**Section II**).

⁷⁴⁹ C.P.I., *Situation en RDC, le Procureur v. T. Lubanga Dyilo*, Chambre d'appel, Op. individuelle concordante du juge Georgios M. Pikis, Décision relative à la demande d'autorisation du Procureur de répondre aux conclusions de la Défense en réponse au mémoire d'appel du Procureur, 12 septembre 2006, ICC-01/04-01/06-424-tFR, § 6.

Section I. L'arme de l'accusation : la preuve à charge dans l'optique du non-renversement de la charge de la preuve

Le patrimoine probatoire est donc commune aux deux parties adversaires, ce qui les distingue étant l'utilisation à charge ou à décharge. La défense, tout comme l'accusation, peut bien citer à la barre des témoins ou produire des documents à décharge, en faisant recours aux mêmes instruments qui sont à disposition du Procureur, qui, par contre, en dispose à charge. Un autre aspect de distinction entre les parties est le caractère obligatoire ou non de la preuve, qui n'engage pas la défense. En revanche, étant obligé par la charge de la preuve, le Procureur doit toujours activer pleinement le mécanisme de preuve, ayant l'obligation de prouver la responsabilité pénale conformément au principe *onus probandi actori incumbit*⁷⁵⁰. Parmi les moyens de preuve, le témoignage est la preuve privilégiée du procès pénal international, qui s'inspire principalement du modèle accusatoire oral. Par conséquent, il est le moyen de preuve principale pour l'accusation (§1), qui d'ailleurs, en vertu de l'ampleur du régime probatoire de la Cour, dispose d'autres éléments de preuve (§2).

§ 1. La preuve privilégiée : le témoignage

Selon l'égalité des armes, le droit d'appeler des témoins appartient aussi bien à l'accusation qu'à la défense, mais pour l'accusé ce droit ne doit jamais se transformer en une obligation, il doit rester un droit. Le témoignage est l'arme principale du Procureur, tenu à accréditer ses prétentions répressives en démontrant sa thèse sur la culpabilité de l'accusé. Le témoin ordinaire est donc la preuve par excellence (A). Mais, il y a plusieurs typologies de témoins que l'accusation peut citer à la barre, lesquels, en vertu de leur compétences et expertise, sont en condition de fournir une contribution plus spécifique et précise à la reconstruction des faits et à l'attribution des responsabilités (B).

A. Le rôle central du témoin ordinaire dans le procès devant la C.P.I.

Dans l'administration de la preuve, la Cour applique ses propres règles et son propre droit⁷⁵¹, la preuve étant le centre d'un orbite gravitationnel représentée par le procès. Ainsi, le témoignage est la preuve principale avec laquelle l'accusé doit se confronter dans le cadre du modèle

⁷⁵⁰ M. KAZAZI, *Burden of Proof and Related Issues : A study on Evidence before International Tribunals*, Kluwer Law International, Boston, 1996, p. 369 et s.

⁷⁵¹ C.P.I., règle 63(5).

procédurale adopté. La procédure conditionne sensiblement la recevabilité du témoignage et par conséquent, le destin de l'accusé et sa capacité de se défendre. Etant donné la fonction cruciale du témoignage, le récit doit se conformer à certains critères **(1)** et le témoin bénéficier d'une série de garanties qui le soustraient à tout risque pour soi et pour sa famille **(2)**.

1. La préservation du principe de l'oralité

Au nom du principe de la liberté de la preuve, les juges de la Cour sont habilités « à évaluer librement tous les moyens de preuve présentés en vue d'en déterminer la pertinence ou l'admissibilité »⁷⁵²**(a)**. Ainsi, ils fondent leur intime conviction sur le plus large éventail de preuves - dont la preuve orale est la plus importante -, obéissant toutes aux mêmes critères d'admissibilité⁷⁵³. Il peut y avoir des critères procéduraux visant à préserver l'équité de la procédure ou des critères plus intrinsèques, comme la génuité, la véridicité, la valeur probante ou la pertinence de chaque témoignage **(b)**.

a. Le témoin ordinaire dans le cadre d'un régime probatoire informel

Le principe de l'oralité, étant au centre du système probatoire de la Cour, il s'inscrit dans une méthode d'admissibilité de la preuve qui est informelle et flexible. Il s'agit de la même largesse adoptée par les T.P.I. dans l'acquisition des moyens de preuve nécessaires pour la recherche de la vérité⁷⁵⁴. Dans cet esprit, la C.P.I. peut donc demander « la présentation de tous les éléments de preuve qu'elle estime nécessaires à la manifestation de la vérité »⁷⁵⁵. Mais, la souplesse formelle du modèle probatoire est également le critère que les juges de la Cour adoptent pour garantir l'équité d'un procès complexe, où les droits de l'accusé sont confrontés avec les intérêts et les droits d'une pluralité de parties, notamment les victimes, exclues par les T.P.I.⁷⁵⁶. Dans le procès devant la Cour ainsi structuré, le témoignage joue certainement un rôle fondamental pour l'accusation par rapport aux autres moyens de preuve à charge, puisque le témoin est la personne qui a eu connaissance directe des faits historiques – du fait qu'il est généralement celui qui a vu l'accusé accomplir le

⁷⁵² *Ibid.*, règle 63(2).

⁷⁵³ *Ibid.*, artt. 64-69.

⁷⁵⁴ M. VOGLIOTTI, « « Ecriture » et « oralité » sur la balance de l'équité », in M. Chiavario (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Giuffrè Editore, Milano, p. 385-398 ; R.-May-M. Wierda, *Trends in International Criminal Evidence : Nuremberg, Tokyo, The Hague and Arusha*, in *Col.J.Tr.L.* 1999 (37), p. 725 s.; C. Tournier, « Le rayonnement du principe de la liberté des preuves en droit pénal compare », *R.R.J.*, n° 3, PUAM, Aix-en-Provence, 2008, p. 1403 et s.

⁷⁵⁵ C.P.I., art. 69(3), « Les parties peuvent présenter des éléments de preuve pertinents pour l'affaire, conformément à l'article 64. La Cour a le pouvoir de demander la présentation de tous les éléments de preuve qu'elle juge nécessaire à la manifestation de la vérité ».

⁷⁵⁶ M. Vogliotti, *ibid.*, pp. 382-383.

crime - et qui, par conséquent, est citée à la barre pour les relater sous déclaration solennelle. Mais il peut également s'agir de la personne qui, même si elle n'a pas vu l'accusé accomplir les faits, est en mesure de donner à la Cour des indices graves, précis et concordants utiles à la reconstruction de la vérité.

La souplesse informelle du régime du témoignage est soulignée par l'étendue de la marge d'appréciation dont jouit le juge dans l'appréciation de sa genuinité, pertinence et valeur probante. En effet, la limite pour l'admissibilité de la preuve tout court concerne principalement les circonstances et les moyens adoptés pour l'obtenir, dans la mesure où elles ne doivent pas, de par leur nature et caractère, porter atteinte à l'intégrité de la procédure, aux droits de l'accusé et à la bonne administration de la justice⁷⁵⁷. Il est évident qu'en présence de violations de moindre gravité et en tout cas de doute sur la présence d'un vice formel dans l'acquisition de la preuve, le Procureur devra démontrer la toute régularité des modalités et des circonstances qui ont caractérisé le moment où la preuve s'est formée. En matière de témoignage, le respect de la procédure et l'absence de tout vice est crucial pour sa recevabilité, puisque toute déposition non spontanée, obtenue au cours d'une procédure illégale, d'une arrestation arbitraire ou sous la torture ne peut qu'être jugée irrecevable. Au delà du respect de la procédure, les critères pour l'admissibilité de la preuve sont principalement l'appréciation des juges sur sa pertinence, sa valeur probante, sa genuinité et sa fiabilité.

b. Les règles de l'audition

i. La crédibilité du témoin

Du fait du rôle primordial du témoignage pour la démonstration recherchée, il n'y a pas de vraie limitation à la présentation de témoins, autant de la part de l'accusation que de la défense, au point que le reproche qui est couramment fait au procès pénal international tout court – qui, à partir du procès Lubanga, s'étend également à la C.P.I. – est le prolongement démesuré du procès, dû surtout au nombre excessif de témoins présentés à la barre. La seule limite à la présentation de témoins est représentée par la crédibilité et, comme pour les autres moyens, par la pertinence et la valeur probante du témoignage. Le témoignage ne peut être le fruit de la violence, de la contrainte ni de la contractualisation secrète entre les parties, il doit être libre et loyal⁷⁵⁸. Puisque le niveau de crédibilité du témoin est le paramètre pour établir la responsabilité du justiciable, le Statut de la Cour prescrit que toute personne rendant un faux témoignage est passible d'une sanction qui peut

⁷⁵⁷ Voy. T.P.I.Y., *Le Procureur v. Celebici*, Décision relative à l'exception préjudicielle de l'accusé Zdravko Mucic aux fins de l'irrecevabilité de moyens de preuve, 2 sept. 1997, IT-96-21, § 41.

⁷⁵⁸ P. BOUZAT, *La loyauté dans la recherche des preuves*, Mélanges L. Huguény, n° 20, Sirey, Paris, 1964, p. 172.

aller de l'amende jusqu'à l'emprisonnement⁷⁵⁹. Dans la même mesure, toute personne responsable de subornation du témoin sera condamnée, de représailles contre lui pour cause de son témoignage, de manœuvres visant à lui empêcher de comparaître ou de déposer librement, et de toutes autres atteintes à l'administration de la justice concernant les preuves, telles que la production d'éléments de preuve faux ou falsifiés – mais en connaissance de cause –, la destruction ou falsification d'éléments de preuve ou l'entrave à leur rassemblement⁷⁶⁰. La condamnation du responsable peut comporter l'emprisonnement jusqu'à cinq années ou l'amende⁷⁶¹.

ii. La recevabilité du témoignage

L'intérêt de la justice à la recherche de la vérité doit assurer - surtout à l'accusé - une procédure efficace, mais en même temps équitable, en évitant tout retard que la largesse probatoire et la procédure de protection des témoins peuvent produire. Par conséquent, en vertu de la plus large flexibilité dans la présentation probatoire, les juges de la Cour déterminent l'ordre dans lequel les éléments de preuve seront présentés et l'ordre et les modalités dans lesquelles les témoins doivent déposer⁷⁶². Or, dans le cadre de l'oralité probatoire, « *les témoins sont entendus en personne lors d'une audience* » et toutes les mesures autorisant le témoin à présenter des transcriptions ou des documents écrits, des enregistrements audio ou vidéo « *ne doivent être ni préjudiciables ni contraires aux droits de la défense* »⁷⁶³. Dans la même mesure, la pertinence et l'admissibilité de tout élément de preuve seront appréciées par la Cour en tenant compte de la possibilité que la valeur probante de l'élément de preuve nuise à l'équité du procès ou à une évaluation équitable de la déposition d'un témoin⁷⁶⁴.

Quant à la procédure pour recueillir les dépositions en vue du procès, le Statut ne fixe aucune formalité précise⁷⁶⁵, à moins que des situations particulières ne l'imposent⁷⁶⁶. Toutefois, tous les éléments de preuve ne peuvent être obtenus par des moyens contraires au Statut ou aux droits de

⁷⁵⁹ C.P.I., art. 70(1)(a) et règle 166.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, art. 70(1)(b)(c).

⁷⁶¹ *Ibid.*, art. 70(3).

⁷⁶² *Ibid.*, norme 43 R.C.

⁷⁶³ C.P.I., art. 69(2).

⁷⁶⁴ *Ibid.*, art. 69(4), « *La Cour peut se prononcer sur la pertinence et l'admissibilité de tout élément de preuve conformément au Règlement de procédure et de preuve, en tenant compte notamment de la valeur probante de cet élément et de la possibilité qu'il nuise à l'équité du procès ou à une évaluation équitable de la déposition d'un témoin* ».

⁷⁶⁵ C.P.I., art. 64(3)(c)(6)(b) (d)(8)(b) et art. 69 (2)(3)(4).

⁷⁶⁶ *Ibid.*, art. 56(1)(b) et (2)(d), « [...] *La Chambre préliminaire peut alors, à la demande du Procureur, prendre toutes mesures propres à assurer l'efficacité et l'intégrité de la procédure et, en particulier, à protéger les droits de la défense [...] A autoriser l'avocat d'une personne qui a été arrêtée, ou a comparu devant la Cour sur citation, à participer à la procédure ou, lorsque l'arrestation ou la comparution n'a pas encore eu lieu ou que l'avocat n'a pas encore été choisi, à désigner un avocat qui se chargera des intérêts de la défense et les représentera ;* ».

l'homme internationalement reconnu⁷⁶⁷ ; de plus, ils seront déclarés inadmissibles si la violation met sérieusement en question la crédibilité des éléments de preuve ou si leur admission risque de compromettre ou de porter atteinte à l'intégrité de la procédure⁷⁶⁸. L'intérêt de la justice impose une attention particulière sur toute contamination possible de la preuve et pour assurer la véracité et l'authenticité de son récit, le témoin ne doit pas assister au moment de la déposition des autres témoins lorsqu'ils se présentent à l'audience. Au cours de la déposition d'un témoin, l'éloignement de la salle d'audience des autres témoins évitera tout éventuel conditionnement volontaire ou involontaire. Tenu de prêter serment avant de commencer son récit, le témoin rapporte ce dont il a eu connaissance directe. Conformément au droit de l'accusé de préparer sa défense adéquatement et dans le délai le plus convenable, une liste contenant les noms ou les pseudonymes des témoins doit être déposée avant le procès, avec le résumé des faits objet de la déposition et la référence aux points de l'acte d'accusation au sujet desquels les témoins seront entendus, avec l'indication de la durée prévisible de chaque témoignage. Pour des exigences d'équité, la même obligation incombe réciproquement à la défense pour permettre à l'accusation de préparer le contre-interrogatoire des témoins à décharge.

iii. Le témoin à la barre

Une fois comparu à la barre, le témoin prend l'engagement solennel de dire la vérité, à moins qu'il soit âgé de moins de 18 ans ou que son discernement ait été altéré au point qu'il ne soit pas en mesure de comprendre la signification de l'engagement ; dans ce cas, la Chambre peut autoriser à témoigner sans engagement si elle estime que la personne est capable de décrire les faits et de comprendre l'importance de dire la vérité⁷⁶⁹. Pour éviter tout retard injustifié et rendre équitable l'audition, la Chambre détermine les modalités et l'ordre dans lesquels le témoin déposera⁷⁷⁰. Ainsi, le témoin peut être interrogé par la partie qui en a demandé la comparution, contre-interrogé par l'autre partie ou interrogé par la Cour, mais, une fois comparu, il est obligé de répondre. Le témoin comparu peut être contraint par la Chambre à déposer⁷⁷¹, à l'exception des cas de confidentialité due à certains renseignements⁷⁷², de la possibilité du témoin de ne pas faire des déclarations auto-accusatoires⁷⁷³ et du possible refus des témoins proches de l'accusé de rendre des déclarations pouvant contribuer à son inculpation⁷⁷⁴.

⁷⁶⁷ Voy. l'art. 6(2) de la C.E.D.H., mais également l'art. 9 de la D.U.D.H.

⁷⁶⁸ C.P.I., art. 69(7).

⁷⁶⁹ *Ibid.*, règle 66(1)(2).

⁷⁷⁰ *Ibid.*, norme 43 R.C.

⁷⁷¹ *Ibid.*, règle 65(1) et règle 74(3)(b).

⁷⁷² *Ibid.*, règle 73.

⁷⁷³ *Ibid.*, règle 74.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, règle 75.

Pour persuader le témoin à témoigner, mais sauf au cas de faux témoignage et d'atteinte à l'administration de la justice, la Cour peut assurer le témoin que les déclarations rendues au cours du témoignage ne seront pas utilisées pour l'incriminer dans le cadre d'une poursuite ultérieure⁷⁷⁵. Au-delà de ces exceptions, tout refus injustifié d'un témoin à un ordre de la Cour sera susceptible de sanction⁷⁷⁶ et d'une incrimination pour outrage. De même, une fois reçue la notification, la personne dont une partie demande le témoignage doit comparaître. En général, les règles établies pour régir le témoignage protègent l'accusé contre toute approximation probatoire. Toutefois, un risque possible pour l'accusé est représenté par le paragraphe 4 de la règle 63, qui laisse la Cour libre de ne pas imposer l'obligation juridique de corroborer une preuve, qu'elle soit un témoignage ou un autre élément de preuve, surtout lorsque celui-ci porte sur des crimes de violence sexuelle. En effet, en matière de violences sexuelles, le témoignage suit des règles différentes⁷⁷⁷, qui peuvent comprendre l'audition à huis clos⁷⁷⁸, en raison du préjudice que les témoins et la victime peuvent subir au cours du procès. Dans ce cas, en présence ou en l'absence de corroboration, la seule condition garantie à l'accusé est que la décision sur sa condamnation ait éliminé tout doute raisonnable de la part des juges, ce qui nous semble un critère trop large et générique si l'on considère que c'est sur ce critère que se fonde la responsabilité du prévenu⁷⁷⁹.

2. Les mesures de protection du témoin

L'importance capitale du témoin en tant que preuve vivante est démontrée par les mesures mises en place pour lui faire rendre sa déposition en toute sécurité⁷⁸⁰ et le protéger ainsi contre tout atteinte personnelle qu'il pourrait encourir du fait de sa disponibilité à se présenter à la Cour pour relater sur les crimes **(a)**. Mais l'atteinte au témoin peut arriver également de son propre témoignage, car ses déclarations pourraient bien lui porter une incrimination **(b)**.

a. La protection contre toute atteinte personnelle

⁷⁷⁵ *Ibid.*, règle 74(3)(c)(ii).

⁷⁷⁶ *Ibid.*, règles 65(2), 171 et art. 71.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, règle 70 et règle 71.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, règle 72.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, règle 63(4).

⁷⁸⁰ *Ibid.*, norme 79(1).

A cause de son importance pour les enquêtes, le témoin jouit de mesures de protection particulières⁷⁸¹. L'introduction de mesures de protection remonte à l'activité des premières juridictions pénales internationales qui ont ressenti la nécessité de protéger les victimes et les témoins⁷⁸². Pour éviter qu'il soit découragé à témoigner et qu'ils refuse de comparaître devant la Cour, il est prévu l'octroi d'immunités en sa faveur. Des indemnités, du support logistique et un sauf-conduit sont attribués au témoin pendant quelque jours, à savoir la période de transit pour se rendre au siège de la C.P.I. et pour faire retour dans son propre pays⁷⁸³. Une protection particulière est garantie aux témoins de la défense afin de rééquilibrer les armes contre le pouvoir considérable de l'accusation en matière de preuve. Mais il y a une autre raison qui justifie la nécessité de doter les témoins à décharge d'une protection renforcée, qui réside dans le fait qu'ils se sentent plus menacés par toute possible rétorsion qui peut accompagner chaque audition, alors que les témoins à charge sont récalcitrants à comparaître surtout par crainte de faire eux-mêmes l'objet d'arrestations et de poursuites pour des faits commis antérieurement.

Afin de favoriser la collaboration du témoin, le Statut de la Cour lui reconnaît une protection spéciale sur sa sécurité, son bien-être physique et psychologique, sa dignité et sa vie privée. La demande de protection peut être déposée par le conseil de la défense ou par le Procureur ou par le témoin et un accès téléphonique permanent est assuré par le Greffe aux parties pour communiquer⁷⁸⁴. La demande ne peut être présentée *ex parte*, mais peut être déposée sous pli scellé et demeurera scellée tant que la Chambre ne décide autrement⁷⁸⁵. Sur le choix de la mesure appropriée peut intervenir la Division d'aide aux victimes et aux témoins, qui donne des conseils à la Chambre et au Procureur⁷⁸⁶. Il s'agit d'une protection qui intervient surtout au stade initial de l'enquête et des poursuites, lorsqu'il est nécessaire de recueillir les éléments de preuve nécessaires à l'accusation. Dans cette perspective, le Greffe est chargé de mettre en place, coordonner et garantir la confidentialité des mesures de protection adoptées surtout sur le territoire de l'Etat où se déroule l'enquête, car c'est là-bas que le témoin court un risque majeur⁷⁸⁷.

⁷⁸¹ Les mesures de protections des témoins sont, d'ailleurs, prévues par d'importants instrument internationaux tels que la C.E.D.H. , art. 12(1) et le Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale, adopté par l'Assemblée Générale des Nations Unies le 14 décembre 1990, doc. off. NU AG A/RES/45/117, annexe, art. 15.

⁷⁸² Voy. T.P.I.R., *Le Procureur v. Ntuyahaga*, Déclaration sur un point de droit par Monsieur le Juge Laity Kama, Président du Tribunal, Monsieur le Juge Lennart Aspegren et Madame la Juge Navamethem Pillay, 22 avril 1999, ICTR-98-40; T.P.I.Y., *Le Procureur v. Dokmanovic*, Ordonnance relative à la requête de la défense aux fins de sauf-conduit, 12 juin 1998, IT-95-13 et T.P.I.Y., *Le Procureur v. Celebici*, Ordonnance accordant un sauf-conduit à certains témoins à décharge, 25 juin 1998, IT-96-21.

⁷⁸³ C.P.I., normes 80-86.

⁷⁸⁴ *Ibid.*, normes 95 et 96 R.G.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, norme 87(2)(a)(e) R.G.

⁷⁸⁶ *Ibid.*, art. 68(4).

⁷⁸⁷ *Ibid.*, normes 92 et 93 R.G.

L'âge, l'état de santé du témoin et à la nature du crime conditionnent la Cour dans l'application des mesures de protection⁷⁸⁸, qui peuvent impliquer le huis clos ou le recueil des dépositions par des moyens électroniques ou spéciaux⁷⁸⁹. Lorsqu'il y a un risque pour la vie du témoin ou de sa famille, avant l'ouverture de l'enquête, le Procureur peut s'abstenir de divulguer des éléments de preuve et des renseignements provenant du témoin, qui seront substitués par un résumé ; cela permet la préservation des moyens de preuve à charge jusqu'aux débats⁷⁹⁰. La même protection s'applique aux victimes. Au cours du témoignage, les mesures prévues peuvent être : l'utilisation de pseudonymes ; la distorsion de l'image ; l'altération de la voix ; le témoignage par vidéoconférence ; la suppression du procès-verbal de toute information pouvant permettre l'identification de la personne ; l'audience à huis clos partiel, où les débats ne sont pas accessibles au public ni diffusés en dehors de la Cour pour protéger une partie de la déposition ; le huis clos total, qui permet que les débats se déroulent dans un prétoire totalement isolé⁷⁹¹. Des mesures de protection spéciales, comme la présence d'un psychologue ou d'un conseil, peuvent également être adoptées par la Chambre⁷⁹².

Naturellement, le Procureur a tout l'intérêt à obtenir la protection de ses témoins, ce qui lui permettra de recueillir un certain nombre de moyens de preuve pour démontrer la responsabilité de la personne qui fait l'objet de l'enquête. Par contre, l'accusé peut trouver un bénéfice par un patrimoine probatoire lacunaire de l'accusation, puisqu'il est plus simple de se défendre contre une accusation faible que contre un matériel probatoire important, même si l'accusé dispose d'un nombre considérable de preuves et de témoins à décharge. Il est toujours difficile de gérer les témoins, qui, une fois comparus à la barre, peuvent toujours se retourner contre l'accusé. Il y a, toutefois, une limite à la protection des témoins de l'accusation, dans la mesure où la nature et l'application de la mesure ne devra se révéler ni préjudiciable aux exigences d'un procès équitable et impartial ni contraire aux droits de la défense⁷⁹³.

b. La protection contre toute auto-incrimination

⁷⁸⁸ *Ibid.*, art. 68(1).

⁷⁸⁹ *Ibid.*, art. 68(2).

⁷⁹⁰ *Ibid.*, art. 68(5).

⁷⁹¹ *Ibid.*, norme 94 R.G. et règle 74(8).

⁷⁹² *Ibid.*, règle 88.

⁷⁹³ *Ibid.*, art. 68(1)(5).

Dans cet esprit de protection et d'encouragement à témoigner, l'immunité est attribuée au témoin contre toute déclaration pouvant l'incriminer pour des crimes de compétence de la Cour commis antérieurement à son audition en tant que témoin⁷⁹⁴. La Chambre peut donner des garanties à l'égard des témoignages incriminant leur auteur, mais après avoir entendu le Procureur *ex parte*⁷⁹⁵. Tantôt l'accusation tantôt la défense pourront demander l'adoption de mesures de protection comme l'audience à huis clos pour la totalité ou pour une partie de la déclaration, lorsqu'il est envisageable que le témoignage tout entier ou une partie de celui-ci soulèvera des problèmes d'incrimination du témoin ; si le problème se pose au cours de l'audition, la Chambre en dispose la suspension, en donnant au témoin la possibilité de consulter un conseil aux fins de demander des garanties contre toute auto-incrimination ou simplement pour obtenir un avis juridique sur ses risques⁷⁹⁶.

Un témoin peut donc refuser de faire des déclarations qui risqueraient de l'incriminer⁷⁹⁷, mais, une fois le témoin comparu, la Cour peut soit lui enjoindre de répondre *sic et simpliciter* aux questions soit lui enjoindre de répondre en assurant la confidentialité de ses déclarations – qui ne seront révélées ni au public ni à un Etat -, assurant qu'elles ne seront pas utilisées contre lui dans le cadre de poursuites ultérieures devant la Cour, sauf en cas d'inconduite et d'atteinte à l'administration de la justice⁷⁹⁸. Toutefois, avant d'ordonner au témoin de répondre, la Chambre doit mettre en balance l'intérêt de la justice et l'intérêt du témoin, en tenant compte de l'importance, du caractère unique de l'élément de preuve attendu par les déclarations, de la nature éventuelle de l'incrimination et de la qualité des mesures de protection⁷⁹⁹. Aux fins de la déposition du témoin, la Chambre peut ordonner le huis clos, la mise sous scellé du procès-verbal et que son identité et le contenu de ses déclarations ne soient divulgués « *d'aucune façons* »⁸⁰⁰. A cet égard, l'attention de l'accusé, de son conseil et du Procureur sera appelée sur les conséquences et les sanctions contre toute divulgation non autorisée⁸⁰¹. Si la Chambre est persuadée qu'il n'est pas nécessaire d'octroyer des garanties au témoin, elle ne lui engendre pas de répondre, pouvant poursuivre l'interrogatoire sur des autres aspects⁸⁰².

B. Les témoins spécialisés

⁷⁹⁴ *Ibid.*, règle 74(3)(c)(ii).

⁷⁹⁵ *Ibid.*, règle 74(4).

⁷⁹⁶ *Ibid.*, règle 74(8)(9)(10).

⁷⁹⁷ *Ibid.*, règle 74(3)(a).

⁷⁹⁸ *Ibid.*, règle 74(3)(b)(c)(i)(ii).

⁷⁹⁹ *Ibid.*, règle 74(5).

⁸⁰⁰ *Ibid.*, règle 74(7)(b).

⁸⁰¹ *Ibid.*, règle 74(7)(b)(c).

⁸⁰² *Ibid.*, règle 74(6).

La catégorie des témoins spécialisés vise à éliminer toute incertitude probatoire et approximation sur des aspects techniques qui risqueraient de rendre sommaire le procès (1). Les témoins ordinaires possèdent une connaissance directe et personnelle des faits, alors que les témoins spécialisés donnent une contribution indirecte à la reconstruction de la vérité (2).

1. Le témoin-expert

Le droit de faire recours à une personne compétente dans un domaine donné est une garantie pour les débats, surtout lorsque le sujet du procès est très articulé et spécifique (a). Toutefois, cette garantie serait incomplète en l'absence d'une supervision et vérification de la part de l'organe de justice sur l'observance de tout critère et condition pour admettre cet instrument probatoire sans entraver des droits de toutes les parties et de la bonne administration de la justice (b).

a. Une garantie contre tout procès sommaire

Pour soutenir l'accusation, le Procureur peut demander l'aide d'experts. Selon la définition du T.P.I.Y., « un témoin-expert est un témoin spécialisé dans un domaine de connaissance sur lesquelles on lui demande de déposer »⁸⁰³. A cette fin, le 25 juin 2014, le Bureau du Procureur a créé un Comité consultatif composé par un groupe d'experts spécialisés dans plusieurs domaines. Mais, comme pour le témoin ordinaire, le témoin expert n'est pas une prérogative exclusive du Procureur, l'accusé et la Cour pouvant également faire appel à des personnes externes au procès lorsqu'il faut aborder des questions spécifiques concernant des secteurs du savoir très particuliers, tels que le domaine scientifique ou technologique, où les circonstances demandent des connaissances de l'homme de métier que ni les juges ni les parties ont. Afin d'éclaircir des aspects particuliers des faits, le témoin-expert répond à des questions de fait ou de droit ou donne des opinions éclairées sur des faits précis qui relèvent de son expertise⁸⁰⁴. Le recours aux témoins spécialisés, même s'il est demandé par l'accusation, est une garantie pour l'accusé contre tout procès sommaire.

Toutefois, le recours à ces témoins doit toujours se maintenir non indiscriminé et respecter le principe selon lequel le juge reste le *peritus peritorum*, titulaire donc d'une compétence exclusive

⁸⁰³ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Celebici*, Décision relative à la requête introduite par l'accusation aux fins de permettre aux enquêteurs d'assister au procès pendant les dépositions des témoins, 20 mars 1997, IT-96-21, § 10.

⁸⁰⁴ A.-M- LA ROSA, *Juridictions pénales internationales. La procédure et la preuve*, op. cit., p. 265.

sur l'appréciation de la preuve⁸⁰⁵ ; en vertu de cette liberté, le juge peut décider de ne pas donner de valeur probante à l'expertise, ne la tenant pas pour avérée au moment de l'évaluation des preuves. Il doit néanmoins motiver la décision⁸⁰⁶. Pour coordonner les débats, la Chambre peut ordonner aux parties de donner conjointement des instructions à l'expert désigné et peut, à la demande d'une partie, autoriser l'intervention d'un autre expert après la réception d'un rapport d'expertise et rendre toute autre ordonnance pour assurer le bon déroulement des opérations en temps raisonnables⁸⁰⁷.

L'apport du témoin-expert peut permettre de clarifier et de répondre à des questions comme le contexte historique où les crimes avaient été perpétrés⁸⁰⁸, leur étendue, les conséquences sur la population civile, l'identification religieuse ou ethnique d'une population, la nature du conflit armé, la santé mentale de l'accusé, la nature des blessures reportées par les victimes et tout autre aspect spécifique fondamental aux fins de la contestation ou réfutation des charges. Quant aux expertises sur les dommages psychologiques des victimes, la jurisprudence pénale internationale antérieure à la Cour a démontré une certaine rigueur des juges, qui ont limité et parfois exclu les psychologues pour apprécier les traumatismes dérivants des crimes de nature sexuels. Dans certains cas, ils n'ont pas donné de valeur à l'expertise dans leur décision⁸⁰⁹. Il y a eu des cas où l'aide d'experts de l'extérieur s'est avérée nécessaire pour acquérir des connaissances juridiques spécifiques⁸¹⁰.

b. La supervision de la Chambre

Au sein de la Cour, le Greffier tient à jour et met à la disposition de la Cour et des participants à la procédure une liste d'experts possédant l'expertise de plusieurs domaines⁸¹¹ et remplissant toute une série de critères⁸¹². De même que pour les autres moyens de preuve, la faculté

⁸⁰⁵ Voy. également la jurisprudence de la C.I.J., en particulier l'expertise portant sur la pose des mines par le Gouvernement albanais et les dommages que leur explosion a produit à l'encontre des navires britanniques, dans l'affaire du *Détroit de Corfu*, voy. C.I.J., Rec. 1949, p. 4, aux pp. 9, 21 et 237-238.

⁸⁰⁶ Voy. l'appréciation que les juges du T.P.I.Y. ont fait de l'expertise dans l'affaire *Fuundzija*, Jugement, 10 décembre 1998, IT-95-17/1, §§ 96-106.

⁸⁰⁷ C.P.I., norme 44(2)(4)(5) R.C.

⁸⁰⁸ Devant les C.E.T.C., les juges ont demandé la présence du Prof. David Chandler, un historien canadien, qui, après la fin du régime de Pol Pot, avait été le premier à se rendre au Cambodge et à avoir accès aux documents utiles pour reconstruire le contexte historique, la nature et l'étendue des crimes commis sous le régime du Kampuchea Démocratique, dossier n° 001/18-07-2007/ECCC. Dans le cas 002, les Chambres ont appelé Philip Short, un journaliste britannique spécialisée en la matière et auteur de l'ouvrage « *Pol Pot : Anatomy of a Nightmare* », dossier n° 002/19-09-2007-ECCC.

⁸⁰⁹ I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Kunarac*, Order on Defence Experts, 29 mars 2000, IT-96-23.

⁸¹⁰ Dans l'affaire contre *Le Procureur v. Dragan Nikolić cit.*, la Chambre du T.P.I.Y. avait demandé l'intervention d'un expert de l'Institut Mark Planck pour demander un rapport sur la pratique législative adoptée au sein des systèmes juridiques nationaux en matière de peines pour les crimes les plus graves.

⁸¹¹ C.P.I., norme 44(1) R.C.

⁸¹² *Ibid.*, normes 56 et 87 R.G.

de se valoir de témoins-experts est donnée à toutes les parties, qui en font demande à la Chambre⁸¹³, tout en restant dans l'intérêt et surtout dans les devoirs de l'accusation de prouver la responsabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable, et donc avec tous les moyens légaux possibles. L'accusé n'est pas obligé et peut renoncer à la consultation de témoins-experts, lorsque le Procureur désigne un témoin spécialisé. Le fait que ce moyen de preuve n'a pas la force d'un vrai droit pour l'accusé est renforcé par le fait que cette preuve doit être autorisée par les juges, qui, en revanche, peuvent désigner un témoin-expert *proprio motu*, sans aucune demande provenant des parties. La faculté est donc subordonnée à l'autorisation de la Chambre, qui vérifie la nécessité de l'expertise, sa valeur probante et la compétence du témoin-expert dont on demande la désignation.

D'ailleurs, le droit générique de l'accusé de produire des preuves à décharge comprend certainement la présentation de témoins - ceux qui seront autorisés par la Cour - mais pas forcément de témoins-experts. Par contre, lorsqu'une partie voit s'autoriser la présence d'un témoin-expert, l'autre partie se verra reconnaître le même droit, puisque, dans ce cas, il faut garantir le contradictoire à travers l'égalité des armes. Le pouvoir de la Cour de requérir une expertise - qui est un pouvoir de matrice romano-germanique -, combiné avec le droit des parties à la réciprocité contradictoire dans le recours à l'expertise - de matrice clairement anglo-saxonne -, souligne la mixité de la procédure régissant les débats devant la Cour. Sur le droit à la réciprocité incombe, toutefois, le pouvoir des juges de limiter toute prolifération inutile d'expertises qui risquerait d'exacerber la dialectique entre les parties, avec des répercussions incontournables sur les temps raisonnables de la justice. A cet égard, la supervision de la Chambre est toujours assurée, dans la mesure où celle-ci peut, de sa propre initiative, donner au témoin-expert des instructions ou ordonner aux parties de le faire, en donnant ordonnance sur toute question concernant le mandat de l'expert, l'objet et les délais pour le rapport⁸¹⁴.

2. Les non-témoins

Il y a des personnes qui interviennent au procès et qui donnent leur contribution probatoire aux débats, même si elles ne sont pas des témoins. Il s'agit de l'enquêteurs, de l'intermédiaires (a) et de l'*amicus curiae* (b).

a. Les professionnels chargés de la preuve

⁸¹³ *Ibid.*, norme 44(3) R.C.

⁸¹⁴ *Ibid.*, norme 44(2)(3)(4)(5) R.C.

i. L'enquêteur

Le pouvoir de l'accusation en matière d'enquête émerge beaucoup dans la liberté presque illimitée d'envoyer des missions dans les pays concernés. Certes, il doit enquêter pour démontrer la responsabilité de l'accusé, ce qui justifie la priorité de ses missions, mais la disparité fait que quand la défense choisit ses enquêteurs et commence à enquêter, le Procureur a déjà accompli des dizaines de missions, puisque les enquêtes de la défense commencent en cours d'œuvre, surtout en proximité du procès⁸¹⁵. Le retard dans le début des enquêtes implique la réduction de la durée des enquêtes de la défense par rapport à l'accusation. L'enquêteur est le professionnel dont la tâche principale est d'effectuer les investigations, surtout sur le terrain où les faits se sont déroulés. La défense a elle aussi le droit à ses propres enquêteurs, mais ils arrivent sur un terrain déjà exploré par le Procureur et utilisent les structures logistiques et les instruments techniques que le Procureur donne à disposition de la défense. Il est évident que cette situation implique une réduction importante de l'indépendance de la défense, qui risque de diligenter une enquête partielle où il faut essayer de préserver le secret professionnel de toute possible intrusion de la part de l'accusation.

L'enquêteur est appelé à témoigner sur des circonstances dont il a eu connaissance directe, mais son rôle n'est pas assimilable à celui du témoin-expert. Il s'agit d'ailleurs d'une connaissance directe qui diffère de celle du témoin ordinaire du fait des fonctions spécifiques de l'enquêteur, qui, menant les investigations directement sur le terrain, rencontre personnellement les témoins : en général, l'enquêteur de l'accusation devrait recueillir tout élément de preuve utile aussi bien à charge qu'à décharge, mais s'il travaille pour l'accusation son activité sera plutôt orientée vers la recherche d'un type spécifique de moyens de preuve, ceux visant à incriminer l'accusé. L'expérience des Tribunaux *ad hoc* a basculé sur l'opportunité d'éviter, comme pour le témoin ordinaire, que l'enquêteur soit présent au cours de l'audition d'autres témoins dans la salle d'audience ou dans la galerie publique⁸¹⁶. D'abord, la jurisprudence avait interdit leur présence, mais ensuite elle a été permise⁸¹⁷. Dans ce cas, il ne reste plus aux juges qu'analyser attentivement la crédibilité des éléments de preuve recueillis selon ces modalités, en tenant compte de la possibilité que la preuve puisse avoir été influencée. Dans le respect de l'égalité des armes, il reste entendu que la possibilité donnée à l'enquêteur d'une partie d'être présent au cours de l'audition

⁸¹⁵ Voy., dans l'affaire *Lubanga*, le nombre considérable de missions que le Procureur, par rapport à la défense, a envoyées à partir de la phase initiale, C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06.

⁸¹⁶ Voy. T.P.I.Y., *Le Procureur v. Celebici*, Décision relative à la requête introduite par l'accusation aux fins de permettre aux enquêteurs d'assister au procès pendant les dépositions des témoins, 20 mars 1997, IT-96-21, §§ 10-14.

⁸¹⁷ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Simic*, Ordonnance autorisant un enquêteur à assister au procès, 18 fév. 1999, IT-95-9.

d'autres témoins doit respecter la condition de réciprocité que la même possibilité soit permise également à l'autre partie⁸¹⁸.

Puisqu'il représente le lien entre le témoin et la partie pour laquelle il a exécuté ses fonctions d'instruction, l'enquêteur peut être cité pour vérifier l'authenticité de documents ou de compte-rendu provenant des témoins qu'il a rencontré et interrogé, et verser au dossier leur déclaration écrite sans qu'ils soient présents à l'audience. Dans cette fonction, il peut également être appelé pour rapporter les déclarations orales recueillies par des témoins qui ne seront pas appelés à comparaître à l'audience, même si, puisqu'il s'agit de témoignages *de relato*, leur valeur probante reste limitée.

ii. L'intermédiaire

L'intermédiaire a un rapport encore plus directe avec le témoin ordinaire, puisqu'il est chargé de maintenir constamment un rapport avec le témoin, de l'aider à se préparer et à soutenir son témoignage dans le prétoire, en créant un rapport de confiance avec la justice, mais sans influencer minimalement le récit, qui doit rester authentique et porter sur les faits qui intéressent la partie. Son rôle principal vise donc à rassurer le témoin et le prévenir de tout risque de contradiction, afin d'éviter les contestations de la partie adverse qui attaquera tout manque de concordance entre les déclarations préalablement rendues et les déclarations faites à la barre⁸¹⁹. Pour sa fonction de lien avec le témoin ordinaire, l'enquêteur fait partie de la catégorie des intermédiaires. L'intermédiaire a la tâche de prendre des contacts sur le terrain avec les témoins et les victimes afin de recueillir toute preuve et témoignage utile pour les débats. Il s'agit de personnels indispensables étant donné leur familiarité avec le territoire et par conséquent, leur facilité d'accès aux informations. Mais il s'agit de professionnels très controversés. Dans l'affaire Lubanga, les critiques ont concerné l'utilisation peu contrôlée des intermédiaires externes de l'accusation. Selon le procureur la fonction des intermédiaires était indispensable, dans la mesure où eux seuls pouvaient avoir la familiarité nécessaire avec le territoire et donc accès aux informations. Or, selon l'opinion du procureur, à cause de leur rôle délicat et dangereux, les intermédiaires devaient être protégés par l'anonymat ou, afin de témoigner en pleine sûreté, devaient être transférés dans des endroits sûrs, les seules précautions en mesure d'assurer leur protection contre toute rétorsion de la part de ceux qui soutiennent l'accusé. Il y eu d'autres cas où les intermédiaires ou d'autres personnels de la Cour ont

⁸¹⁸ I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Naletilic*, Decision on Prosecutor's Motion to Permit Investigators to Follow the Proceedings, 31 August 2001, IT-98-34.

⁸¹⁹ A.-M. LA ROSA, *Juridictions pénales internationales. La procédure et la preuve*, op. cit., p. 263.

été accusés d'atteinte à l'administration de la justice⁸²⁰ et même de violence sexuelle accomplie contre des victimes dans l'accomplissement du mandat conféré par la Cour⁸²¹.

b. Une figure hybride : l'*amicus curiae*

Dans l'intérêt de l'affaire, ce qui peut signifier dans l'intérêt de l'accusé et de la justice, la Cour peut inviter une tierce partie, privée ou publique, à participer et à présenter des observations⁸²². En effet, il ne s'agit ni d'une partie proprement dite ni d'un moyen de preuve de l'accusation ou de la défense, puisque, en tant qu'« ami de la Cour », cette partie est invitée par la Chambre ou, dans quelque cas, se propose de propre initiative. De même, il ne s'agit ni d'un témoin ordinaire ni d'un témoin-expert, mais d'une personne ou une entité invitée à participer à la procédure en vertu d'une compétence spécifique sur les questions traitées, d'un intérêt particulier ou public et d'une sorte d'implication indirecte dans l'affaire. Normalement, l'*amicus curiae* de la Cour peut être un Etat, une organisation, telle que les O.N.G., les organe de l'O.N.U. ou les représentants de la Croix-Rouge, ou une personne physique, tel qu'un consultant qualifié ou une personnalité faisant autorité dans un domaine du savoir scientifique, qui est appelé pour résoudre une question que la pratique jurisprudentielle n'a jamais abordé⁸²³. Les observations peuvent être rendues en forme orale ou écrite, intervenir à n'importe quelle phase de la procédure et doivent être fournies en copie aussi bien à l'accusation qu'à la défense, auxquelles il est toujours donné la possibilité de répondre⁸²⁴. Le juge n'est pas lié par l'avis de l'ami de la Cour.

Toutefois, l'*amicus curiae* peut poser des problèmes à la défense. Il n'est pas un moyen de

⁸²⁰ Voy. l'enquête contre Walter Osapiri Barasa, l'ancien intermédiaire de l'accusation chargé des investigations dans la situation au Kenya. Le 2 octobre 2013 la Chambre préliminaire II a rendu public le mandat d'arrêt à son encontre pour être suspecté avoir commis plusieurs atteintes à l'administration de la justice, telles que visées à l'art. 70 du Statut, consistant en la subornation de témoins de la Cour. Un mandat d'arrêt avait été délivré sous scellés à son encontre le 2 août. C'est la première fois que la Cour connaît d'une affaire où le suspect est accusé d'atteinte à l'administration de la justice ; I.C.C., *Pre-trial Chamber II, Situation in the Republic of Kenya, The Prosecutor v. Walter Osapiri Barasa, Warrant of arrest*, Single Juge Cuno Tarfusser, 2 October 2013, ICC-01/09-01/13.

⁸²¹ Il s'agit des allégations de crimes sexuels à l'encontre de quatre individus de la part d'un ancien fonctionnaire de l'Unité d'aide aux victimes et aux témoins de la Cour travaillant en République démocratique du Congo, voy. le Rapport public de l'Equipe d'enquête indépendante « Enquête menée à la suite d'allégations sexuelles commises par un membre du personnel de la Cour sur la personne de quatre victimes placées sous la protection de la Cour pénale internationale en République démocratique du Congo », faisant suite à la demande de la C.P.I. en date 20 juin 2013. L'enquête interne avait été ouverte le 12 avril 2013 en vertu de la politique de tolérance zéro de la Cour en matière d'abus sexuels.

⁸²² C.P.I., règle 103(1).

⁸²³ Les T.P.I. ont beaucoup utilisé ces parties, voy. T.P.I.Y, *Le Procureur v. Blaskic*, Ordonnance soumettant la question des ordonnances de soit-communicé à la Chambre de première instance II et invitant à présenter des mémoires d'*amici curiae* à ce sujet, 14 mars 1997 ; T.P.I.R., *Le Procureur v. Akayesu*, Ordonnance autorisant une comparution en qualité d'*amicus curiae*, 12 février 1998.

⁸²⁴ *Ibid.*, règle 103(3).

preuve en soi et surtout il n'est pas appelé pour supporter l'accusation, cependant, puisqu'il est porteur d'une vérité, son apport a une valeur probante qui peut se tourner contre l'accusé. Puisque, dans ce cas, il s'agit d'une charge ultérieure avec laquelle l'accusé doit se confronter, la jurisprudence des Tribunaux *ad hoc* a posé des limites à la contribution probatoire dérivant de l'*amicus curiae* en ce qui concerne tout élément factuel attaché à son apport⁸²⁵. Une autre critique est qu'il n'est pas du tout certain que, par ses observations, ce non-témoin contribue à la recherche de la vérité, à l'équité de la procédure et plus en général, à la bonne administration de la justice, car il n'y a pas de critère précis que les juges pourront suivre au moment de la désignation, ce qui implique un discrétionnaire trop large qui ne donne pas d'assurance sur la compétence ou l'impartialité dont l'*amicus curiae* doit faire preuve dans ses observations. Ni la réglementation ni la pratique de la Cour semblent avoir comblé les lacunes à cet égard.

§ 2. Les autres moyens de preuve

La C.P.I. permet la recherche de la vérité par l'utilisation de tous les moyens de preuve possibles, mais à condition du respect de la loi et de la procédure. Il s'agit de limitations qui sont conformes à l'intérêt de la justice, mais qui assurent surtout le respect des droits de l'accusé. Par conséquent, la liberté du Procureur de présenter toute autre preuve, qu'elle soit écrite ou non, doit se maintenir dans certaines limites. Les autres moyens auxquels le Procureur peut faire recours pour démontrer la culpabilité de l'accusé sont secondaires par rapport au témoignage, mais pas moins déterminants pour le procès, ils vont de la preuve la plus statique, la preuve documentaire (A), à la preuve la plus dynamique, la descente sur le lieu du crime (B).

A. La preuve documentaire, un résidu inquisitoire utile à la défense

Malgré la règle générale tendant à privilégier l'oralité, la procédure de la Cour donne au juge une grande liberté en matière de preuve. Pour cela, la preuve documentaire est un outil des parties pour démontrer la vérité à charge et à décharge (1). Dans certains cas, les documents peuvent avoir une origine particulière indépendante de l'activité des parties (2).

1. L'exception à la règle générale de la réduction de la documentation en faveur de l'oralité

⁸²⁵ T.P.I., Note d'information concernant la soumission de mémoire d'*amici curiae*, 27 mars 1997. A cet égard, voy. A.-M. LA ROSA, *ibid.*, p. 140.

La preuve orale est le cœur du procès, elle naît lors des débats, permet une réfutation immédiate et empêche la cristallisation d'un élément à charge dont la contestation sera plus difficile par la suite. Mais le procès pénal international a un caractère spécial, il s'occupe de faits historiques d'une telle ampleur et gravité où l'apport documentaire a une importance probatoire cruciale, qui ne peut être ni négligé ni sacrifié aux exigences de l'oralité (a). Puisqu'elle représente une exception au principe de l'oralité, la preuve écrite est assujettie à des règles d'admissibilité (b).

a. Une exception largement acceptée dans le procès pénal international

Malgré l'imprimé accusatoire, qui privilégie la preuve orale, dans le procès devant la Cour la preuve documentaire est largement acceptée en vertu du principe, répandu dans la justice pénale internationale, selon lequel la recherche de la vérité doit s'accomplir permettant une présentation de la preuve sans restriction. Etant donc l'admissibilité des moyens de preuve la plus large possible, la preuve documentaire est acceptée avec générosité tandis que les dossiers des instances pénales internationales, à partir du procès de Nuremberg, comptent normalement un nombre exceptionnel de documents. Suivant le Règlement de la Cour, par document l'on entend toute requête, demande, réponse, réplique, observation, conclusion et « *autres arguments présentés par écrit à la Cour* »⁸²⁶. Mais, puisque le terme document ne coïncide pas avec l'expression document probatoire ou preuve documentaire - expression qui toutefois concerne les documents -, dans la catégorie plus ample de la preuve documentaire il est bien possible d'inclure également toute attestation, déclaration ou certificat des faits pertinents au procès recueillis et mémorisés dans un support autre que le document papier, comme par exemple les déclarations enregistrées sur des supports électroniques audio et vidéo.

Le moyen de preuve documentaire, pour accomplir sa fonction probatoire doit être versé au procès pour supporter l'accusation ou pour la contraster. Les documents peuvent être versés au dossier dans plusieurs phases et par toutes les parties, mais surtout par l'accusation, qui y est tenue en force de son obligation à la charge de la preuve et à la divulgation. En particulier, dès le début, le Procureur est tenu de joindre aux charges contestées toutes les pièces à conviction, alors que la même prévision ne concerne pas les jugements, qui ne présentent pas de preuves documentaires comme annexes. Dans le respect du contradictoire, les parties ont le droit de présenter une réponse à tout document non protégé présenté par une partie participant à la procédure⁸²⁷, mais aucune

⁸²⁶ C.P.I., norme 22 R.C.

⁸²⁷ *Ibid.*, norme 24(1) R.C.

réponse n'est prévue à un document constituant lui-même une réponse ou une réplique et toute réplique à une réponse doit être autorisée par la chambre⁸²⁸.

b. L'admissibilité de la preuve documentaire

i. L'autorisation préalable

L'admission des documents doit être autorisée par les juges et, comme règle générale, toute demande doit respecter le délai représenté par la clôture de la présentation des moyens de preuve. Les éléments de preuves sont présentés devant la Cour en version électronique et tous les documents que les parties entendent utiliser au procès doivent être préalablement transmis au Greffier au moins trois jours ouvrables entiers avant l'audience. Ils seront transmis au service de traduction et d'interprétation⁸²⁹. Du point de vue du procès équitable, le respect du délai est nécessaire pour permettre à toutes les parties d'avoir préalablement connaissance des pièces qui seront utilisées à l'audience. Du point de vue des garanties de la défense, le délai est établi pour permettre à l'accusé de préparer sa défense mais également pour le protéger de tout présentation de pièces à conviction dans une phase successive à la présentation de ses propres moyens de preuve, parce que cela serait contraire à plusieurs droits de la défense⁸³⁰.

Pour l'accusation, il s'agit d'un délai péremptoire. En revanche, le délai n'est pas si péremptoire pour la défense, qui, dans le respect du *favor rei*, peut être autorisé par la Chambre à verser tardivement des documents au dossier, en démontrant qu'elle a obtenu les documents en retard. Il est prévu la production de preuve documentaires supplémentaires ou en réplique aux preuves supplémentaires produites par la partie adverse⁸³¹. Sur demande motivée de la partie concernée, la Cour peut décider si prolonger ou raccourcir le délai, mais le motif doit être valable et il faut que les autres parties soient entendues et aient la possibilité d'en discuter en contradictoire. Une fois le délai échu, pour obtenir une prorogation, la partie doit prouver que les raisons qui l'ont rendue incapable de respecter le délai pour la demande la prorogation échappaient à son contrôle⁸³². Selon le type de document concerné, il est prévu un nombre limité de pages⁸³³.

⁸²⁸ *Ibid.*, norme 24(4)(5) R.C.

⁸²⁹ *Ibid.*, norme 52 R.C., voy. également la norme 34 (a) en cas de détermination des délais de la part de la Cour.

⁸³⁰ Sur ce point voy. la jurisprudence du T.P.I.Y., *Le Procureur v. Kordic*, Décision relative à la requête du Procureur concernant les « Pièces de Zagreb » et les comptes rendus présidentiels, 1 décembre 2000, IT-95-14/2.

⁸³¹ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Sikirica*, Décision faisant droit à la demande aux fins de l'admission de preuves documentaires, 1 août 2000, IT-95-8; T.P.I.Y., *Le Procureur v. Kordic*, Décision relative aux requêtes de l'accusé Dario Kordic aux fins de l'admission des moyens en duplique et en réponse aux « Pièces de Zagreb » et d'une pièces à conviction supplémentaire, 11 décembre 2000, cit.

⁸³² C.P.I., norme 35 R.C.

⁸³³ *Ibid.*, normes 37, 38 R.C.

ii. Les conditions pour l'admission

Tous les types de documents ne peuvent être acceptés ou utilisés au procès. Il faut respecter une procédure qui rend possible leur acceptation. Pour être accepté, tout document déposé auprès de la Cour doit être accompagné par les indications aptes à son identification et à l'identification de la partie le soumettant (identité de la personne qui le dépose et du suspect ou de l'accusé). Dans cet esprit de transparence, il faut que le document soit accompagné par un résumé succinct des raisons de fait et de droit justifiant sa demande d'acquisition, puisqu'une fois le document déposé, les juges peuvent toujours décider qu'il ne soit pas versé au dossier⁸³⁴. Les raisons pour ne pas admettre une preuve documentaire peuvent concerner le fond, comme le manque de pertinence avec les faits du procès ou le manque de valeur probante, ou peuvent concerner le respect de la procédure, comme la violation de la confidentialité ou le dépassement du délai fixé pour le dépôt. A la production de documents participent également les intermédiaires de chaque partie, qui, normalement, fournissent les déclarations des témoins qu'ils ont contactés et interrogés personnellement, dont ils ont donc recueilli les déclarations écrites ou enregistrées⁸³⁵.

Comme règle générale, les documents doivent être soumis à la Cour en original, car seul l'original peut fournir la garantie de genuinité de la preuve, étant considérée comme la seule version faisant foi. Un document qui constitue un élément de preuve peut être produit par les parties à l'audience⁸³⁶. Si l'original n'est pas rédigé dans l'une des deux langues de travail de la Cour, l'anglais et le français, une traduction est ordonnée par le Greffe dans au moins l'une des deux. Tous les documents soumis au Greffe – qu'il s'agisse de requêtes ou d'autres types de document – doivent être présentés en anglais ou en français et, seulement si le document original n'est pas dans l'une des deux langues, la partie peut joindre à celui-ci la traduction dans l'une des deux langues⁸³⁷. Lorsque le document apparaît fiable et qu'il est impossible de disposer de la copie authentique, une copie peut substituer l'original. La partie adverse sera toujours intéressée à mettre en doute la fiabilité, l'authenticité ou la valeur probante du document aux fins de la preuve des faits allégués⁸³⁸. Dans ce cas, la Chambre peut demander à la partie qui a déposé le document d'en clarifier des

⁸³⁴ *Ibid.*, norme 23(1) R.C.

⁸³⁵ *Ibid.*, norme 23(3) R.C.

⁸³⁶ *Ibid.*, norme 28(1) R.G.

⁸³⁷ *Ibid.*, norme 39(1) R.C.

⁸³⁸ Dans certains cas, la jurisprudence des T.P.I. a exclu des preuves documentaires dont la valeur probante était dépassée par les préjudices que l'accusé risquait de subir lorsqu'elles étaient admises, T.P.I.Y., *Le Procureur v. Kvočka*, Decision on Zoran Zigic's Motion for Rescinding Confidentiality of Schedules Attached to the Indictment Decision on Exhibits, 9 juillet 2001, IT-98-30/1.

aspects ou d'apporter des détails supplémentaires le concernant⁸³⁹. Les documents doivent être déposés au Greffe pour en permettre l'enregistrement et la notification aux autres parties⁸⁴⁰. Les documents déposés sont enregistrés par le Greffe dans le système informatique et les copies papier sont converties en fichiers image⁸⁴¹. Pour favoriser la gestion informatique du dossier, le versement de tout document en version électronique est encouragé «*autant que possible*», même si, quelle que soit la version, la forme originale est la version qui fait foi⁸⁴².

2. Les documents confidentiels

Le rassemblement et la transmission à la Cour des preuves documentaires peut parfois s'avérer compliqué du fait de leur nature ; il peut s'agir de documents sensibles pour la sécurité d'un Etat et donc, sous couvert de secret d'Etat ou confidentiel puisque provenant d'organisations engagées au niveau international ou national, tel que le Comité de la Croix-Rouge, dont la divulgation pourrait compromettre le travail à l'avenir ou mettre en péril l'existence de l'organisation elle-même ou la sûreté des agents présents sur le terrain⁸⁴³. L'importance de ces moyens de preuve pour la recherche de la vérité et pour la démonstration de la responsabilité pénale internationale est donc fondamentale quand il s'agit de procès où les accusés sont surtout des anciens chefs d'Etat ou militaires. Si la Cour le demande, le document ou tout autre renseignement confidentiel doit être communiqué à la Cour. L'Etat Partie qui détient la preuve s'engage à la remettre à la Cour, en demandant le consentement à la divulgation lorsque le moyen de preuve lui a été communiqué par une organisation internationale ou intergouvernementale ou par un autre Etat. Toutefois, si l'Etat qui a communiqué le document confidentiel n'est pas obligé à coopérer avec la Cour, n'étant pas un Etat Partie, et que l'Etat qui possède ou contrôle le document s'est engagé avec l'Etat tiers par une obligation préexistante de confidentialité, la C.P.I. sera informée de l'existence de cette obligation et le document ne sera pas fourni⁸⁴⁴.

La confidentialité est garantie au cours des phases différentes de la procédure et préservée par certaines mesures, comme la substitution des documents confidentiels par des résumés. Le coffre fort du Greffe permet la protection des originaux des éléments de preuve et des enregistrements

⁸³⁹ C.P.I., norme 28(1) R.C.

⁸⁴⁰ *Ibid.*, norme 31(1) R.C.

⁸⁴¹ *Ibid.*, norme 26(2) R.G. ; le dépôt des documents au Greffe peut se faire en mains propres, par courriel postal ou par voie électronique, norme 24(1) R.G.; si le document déposé est un élément de preuve, il est enregistré et numéroté par les lettres « EVD ».

⁸⁴² *Ibid.*, norme 26(3)(4) R.C.

⁸⁴³ *Ibid.*, règle 73(4).

⁸⁴⁴ *Ibid.*, art. 73.

audio et vidéo que la défense, les Chambres et les autres participants peuvent consulter selon le niveau de confidentialité⁸⁴⁵. Puisque la preuve de la culpabilité de l'accusé ne doit porter atteinte à aucune norme de confidentialité⁸⁴⁶, le Procureur doit la protéger et pour cela, il s'engage « [...] à ne divulguer à aucun stade de la procédure les documents ou renseignements qu'il a obtenus sous la condition qu'ils demeurent confidentiels et ne servent qu'à obtenir de nouveaux éléments de preuve, à moins que celui qui a fourni l'information ne consente à leur divulgation [...] »⁸⁴⁷. Le niveau de protection de tout document peut être de trois degrés : « *ex parte* », c'est-à-dire interdit aux parties⁸⁴⁸ ; « confidentiel », *i. e.* qui ne doit pas être communiqué au public ; « sous scellé », qui est le niveau le plus élevé de confidentialité, qui permet la communication du document à un nombre limité de personnes que chaque participant indique dans une liste⁸⁴⁹. Quelque soit le niveau de protection, sa classification doit être mentionnée sur le document et la procédure établie pour le protéger doit être respectée tout au long de la procédure⁸⁵⁰. La partie peut choisir la classification du document, mais la Chambre peut toujours décider autrement ou re-classifier le document sur demande d'une partie ou si le fondement de la classification a changé⁸⁵¹.

B. Au-delà de la preuve orale et de la preuve écrite

Dans la logique d'éviter toute possible limitation des moyens de preuve et de permettre la recherche de la vérité, les Chambres peuvent utiliser d'autres moyens de preuve qui ne font partie ni de la preuve testimoniale ni de la preuve écrite. Parmi ces moyens, il figure la connaissance d'office qui, dans les limites du respect des droits de l'accusé, présente également l'avantage de favoriser l'économie procédurale (1). Dans le même esprit de ne pas limiter la reconstruction des faits, il y a un moyen de preuve qui présente un certain dynamisme et qui se réalise quand les juges, d'office ou sur demande des parties, se rendent eux-mêmes sur le terrain pour constater personnellement où et comment les faits se sont accomplis (2).

1. Les faits notoires

⁸⁴⁵ *Ibid.*, norme 16(2)(3) R.G.

⁸⁴⁶ *Ibid.*, norme 48(2)(3) R.C.

⁸⁴⁷ *Ibid.*, art. 54(3)(e)(f).

⁸⁴⁸ Le Greffier peut déposer un document *ex parte* sous la mention « réservé au Greffier », lorsque la divulgation de son contenu aux autres parties « va à l'encontre de l'objectif poursuivi ». Dans cette hypothèse, la chambre décidera si les parties doivent avoir connaissance de l'existence dudit document, voy. norme 24 *bis* (2) du R.C.; en outre, la mention *ex parte* figure sur la page de garde du document, norme 24(4) R.G.

⁸⁴⁹ C.P.I., norme 14 R.G.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, norme 23*bis* (1) R.C.

⁸⁵¹ *Ibid.*, norme 23*bis* (3) R.C.

Dans certains cas, la démonstration de la crédibilité d'une certaine information ne doit pas se reproduire à l'audience, car elle est déjà connue des juges en tant que fait notoire (a). Il existe d'autres situations où les informations qui interviennent dans le cadre du procès se rapprochent de la connaissance d'office, même si elles ne s'identifient pas avec celle-là (b).

a. Une admissibilité subordonnée à la sûreté et incontestabilité des informations

La connaissance de faits notoires ou connaissance d'office est une preuve que les parties n'ont pas besoin d'invoquer, puisque les juges ont déjà appris certains faits au-delà du procès. Il s'agit d'une exception à la règle accusatoire selon laquelle la preuve doit se former au prétoire, à la présence des parties et des juges. En effet, pour vérifier la responsabilité de l'accusé, les juges ne devraient pas tenir compte de matériel ni d'éléments probatoires extérieurs au procès. Il est évident qu'une preuve acquise de telle manière enfreindrait le principe du contradictoire, fondant la décision des juges non sur des faits qui ont été prouvés au cours du procès, mais sur des éléments de connaissance personnels et invérifiables pour les parties, destinés à rester inaccessibles et, par conséquent, incontestables de la part de l'accusé.⁸⁵² La dangerosité potentielle de ce moyen de preuve pour les droits de la défense est donc évident.

Il s'agit d'une preuve dont les contours demeurent indéfinis, puisqu'il n'y a pas de critères précis pour mesurer la notoriété publique d'un fait et le distinguer, par exemple, de la simple prise de connaissance d'une information qui a subi une divulgation répandue. Certes, les faits notoires doivent être connus par une multitude, mais la connaissance répandue ne suffit pas, puisque il faut ajouter d'autres qualités aux faits telles que la sûreté des informations et par conséquent, leur incontestabilité. Pour ces raisons, l'accès de ce moyen de preuve dans le procès est plutôt restreint et limité aux cas où il est peu probable que son introduction alimente des disputes. Les informations contenues dans les traités internationaux entrent dans la catégorie des faits certains, incontestables et connus par un grand nombre de personnes⁸⁵³.

b. La différence entre fait notoire et constat judiciaire

⁸⁵² J.-C. WITEMBERG, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *R.C.A.D.I.* (1936-II), t. 56, p. 30.

⁸⁵³ Voy. la considération comme un fait notoire du Traité d'Utrecht dans l'affaire de l'île de Palmas ; D.-W. SANDIFER, *Evidence Before International Tribunals*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1975, pp. 390-396.

Les résultats probatoires d'autres procédures judiciaires, devant d'autres chambres et concernant d'autres faits, ne sont pas des faits notoires, ceux-ci faisant partie de la catégorie des constats judiciaires. Le constat judiciaire se justifie en tant qu'élément de preuve par des exigences d'économie judiciaire, qui se réalise par l'acquisition, *sic et simpliciter*, d'une preuve déjà complètement formée, dispensant donc les parties de la démonstration de certains faits. Par ailleurs, la limitation du contradictoire se justifie par la réalisation de l'intérêt concurrent de l'accusé à être jugé dans un délai raisonnable ; dans cet esprit, le constat judiciaire contribue à l'économie procédurale. En matière d'éléments preuve découlant d'une autre affaire, la jurisprudence de la Cour a donné une impulsion très évolutive favorable à la défense, puisque les Chambres préliminaires II et III ont statué que le Procureur devait divulguer aussitôt que possible toute pièce à décharge en sa possession dans le cadre de l'autre enquête⁸⁵⁴.

Dans le cas de versement au dossier de preuves acquises dans une autre affaire, le constat est limité à la preuve pertinente au procès, mais non aux conclusions contenues dans le jugement concernant l'autre affaire. Malgré les limitations, le droit de l'accusé de contester en contradictoire une preuve qui s'est déjà complètement formée dans un prétoire autre que son procès est évidemment très réduit⁸⁵⁵. Il est donc nécessaire que lesdites preuves soient corroborées par d'autres preuves recueillies dans le prétoire ; étant donné son rôle prince au sein du procès pénal international, la preuve testimoniale est en mesure de corroborer, dans le cadre d'un débat contradictoire, la preuve provenant d'autres affaires. En matière de fait notoire, la jurisprudence des T.P.I. a établi qu'il faut confirmer par des preuves testimoniales le contenu des rapports des experts des N.U., retenus comme connaissances d'office⁸⁵⁶. En effet, le contenu des rapports officiels peut concerner la nature, l'étendue des violences ou la qualification d'un conflit, pour cela ils présentent une certaine importance. Mais, au-delà des faits notoires provenant de documents internationaux incontestables, la qualification d'un conflit peut également découler d'un constat judiciaire, du fait d'une décision d'une autre chambre sur la même question. Le constat judiciaire peut dériver des négociations entre les parties, puisque l'accord entre les parties sur un fait donné peut constituer pour la Cour la base pour fonder sa décision, lorsque les juges estiment que les faits sont prouvés et

⁸⁵⁴ C.P.I., *Situation en République centrafricaine, Le Procureur v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Chambre préliminaire III, Decision Regarding the Disclosure of Materials Pursuant to Article 67(2) of the Rome Statute and Rule 77 of the Rule of Procedure and Evidence, 12 novembre 2008, ICC-01/05-01/08-241, §§ 9 et 14-17; C.P.I., *Situation en République centrafricaine, Le Procureur v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Chambre préliminaire III, Decision on the Disclosure of Evidence by the Defence, 5 décembre 2008, ICC-01/05-01/08-311, § 7.

⁸⁵⁵ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Kvočka*, Ordonnance dressant constat judiciaire, 8 juin 2000, IT-98-30.

⁸⁵⁶ En particulier, il s'agissait de conformer l'existence d'un génocide au Rwanda, dont une connaissance d'office pour les juges du T.P.I.R. dérivait de plusieurs rapports, comme le Rapport final de la Commission d'experts, en vertu de la Rés. du C.d.S. n.935/1994, doc. CS NU S/1994/1405 (1994) ou le Rapport du Haut Commissaire des N.U. aux droits de l'Homme, M. José Ayala Lasso sur sa mission au Rwanda 11-12 mai 1994, doc. AG NU E/CN. 4/S-3/3 (1994).

les droits de l'accusé respectés. Par ailleurs, « *le but du constat judiciaire ... est l'économie des moyens judiciaires et ... doit être entendu comme couvrant des faits ne pouvant raisonnablement être contesté ... et [il] convient de trouver un juste équilibre entre l'économie des moyens judiciaires et le droit des accusés à un procès équitable* »⁸⁵⁷.

2. Une preuve dynamique pour comprendre la dynamique des faits : la visite de la scène du crime

Le procès se tient au siège de la Cour⁸⁵⁸, mais si elle le juge souhaitable, la Cour peut siéger ailleurs selon les dispositions du Statut⁸⁵⁹. En effet, parfois, il s'avère nécessaire que les juges se rendent sur le lieux où les faits se sont déroulés pour comprendre mieux leur dynamique exacte, acquérir directement les éléments de preuve qui ne peuvent pas se former valablement dans le prétoire et par conséquent, « *vérifier la justesse des allégations* »⁸⁶⁰. Le déplacement de la Chambre peut donc être nécessaire pour reconstruire et vérifier directement la dynamique des faits, rencontrant les témoins, surtout s'il y en a beaucoup, ou pour analyser directement la topographie de la région et la distance des édifices afin de bien calculer la trajectoire des missiles.⁸⁶¹

Le recours à ce moyen de preuve reste néanmoins limité en raison du fait que, contrairement à la conviction qu'il peut garantir une connaissance directe des faits, les années qui séparent le moment où le procès se déroule du moment où les crimes ont été perpétrés ne permettent pas une reconstruction vraiment fiable des faits, à cause des nombreux changements que la preuve aura subi au cours du temps⁸⁶². Le débat contradictoire est respecté grâce à la présence contextuelle des parties, lesquelles participent au transport sur les lieux avec les juges. Toutefois, il faut remarquer que la situation inconfortable et parfois dangereuse pour la sécurité de la délégation, qui découle de la descente sur le lieux peut obstruer considérablement les modalités pour l'accomplissement d'un

⁸⁵⁷ En particulier, en ce qui concerne le T.P.I.Y., il s'agissait de qualifier la nature du conflit en Bosnie-Herzégovine. En l'espèce, une chambre a refusé le constat judiciaire, en établissant qu'il incombait à chaque chambre d'établir la nature d'un conflit, alors que une autre chambre a dressé un constat judiciaire d'un accord entre les parties concernant la nature du conflit armé ; voy. T.P.I.Y., *Le Procureur v. Simic*, Décision relative à la requête de l'accusation demandant que la Chambre de première instance tire le constat judiciaire du caractère international du conflit en Bosnie-Herzégovine, 25 mars 2000, IT-95-9.

⁸⁵⁸ C.P.I., art. 62.

⁸⁵⁹ *Ibid.*, art. 3(3).

⁸⁶⁰ Rapport de la Commission d'enquête instituée en vertu de l'art. 26 de la Constitution de l'Organisation internationale du travail pour examiner le respect par le Myanmar de la Convention sur le travail forcé, no 29/1930, « Travail forcé au Myanmar (Birmanie) », *Bulletin officiel* (1998), vol LXXXI, Série B, Suppl. spécial, par. 77-78.

⁸⁶¹ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Galic*, Ordonnance portant calendrier et ordonnance relative à la « requête présentée aux fins de déplacement à Sarajevo de la Chambre de jugement », 4 octobre 2000, IT-98-29.

⁸⁶² T.P.I.Y., *Le Procureur v. Naletilic*, Décision relative à la requête aux fins de transport de la Chambre sur les lieux, 5 octobre 2001, IT-98-34.

vrai débat contradictoire, avec toutes les conséquences sur l'équité de la procédure et les droits de l'accusé que l'on peut imaginer.

Section II. L'arme de la défense : la preuve à décharge dans l'optique de la non-obligation de la charge de la réfutation

Une fois établi le fait que les moyens de preuve sont les mêmes pour l'accusation et la défense, et une fois convenu que, en vertu du non renversement de la charge de la preuve, l'accusation seulement est obligée de les faire valoir, il faut encore préciser que, le Procureur après avoir exercé ses pouvoirs et ses prérogatives en matière de preuve, l'accusé, en vertu de la présomption d'innocence et de la non obligation de la charge de la réfutation, pourra choisir de se défendre en activant des moyens de preuves égaux, mais à décharge⁸⁶³. Surtout, il pourra faire recours à des instruments particulièrement précieux pour la défense, dans la mesure où ils assurent le contradictoire. Il s'agit du contre-interrogatoire et de la divulgation. Dans une logique de réciprocité probatoire, ces instruments ne sont pas interdits au Procureur, mais ils sont des incontournables moyens de preuve à décharge. Comme le témoignage est l'instrument principal pour démontrer la culpabilité de l'accusé, la *cross-examination* est l'instrument principal de la défense pour exercer un contrôle sur la validité de l'activité probatoire effectuée par l'organe des poursuites dans sa recherche et collectionne des preuves à charge (§1). Ledit contrôle se perfectionne par la *disclosure*, à savoir l'obligation de communiquer les moyens de preuve, une tâche qui oblige réciproquement les deux parties, mais qui incombe au Procureur de façon prioritaire, tenu à transmettre à la défense tous les éléments de preuve sous son contrôle, surtout ceux à décharge⁸⁶⁴. Avec le contre-interrogatoire, le droit à la connaissance des pièces à disposition de l'accusation complète donc l'arsenal des armes de la défense (§ 2).

§ 1. La *cross-examination* comme réalisation du droit au contradictoire

Au-delà du droit de présenter ses propres témoins à décharge, le droit de la défense de contre-interroger les témoins de l'accusation est l'instrument principal pour activer le débat contradictoire (A). Le contre-interrogatoire est toujours assuré, même dans le cas où le témoignage est rendu dans des formes atypiques (B).

A. Le droit de contre-interroger

⁸⁶³ J.-P. KOT, "Les droit de la défense", *op. cit.*, pp. 912-914.

⁸⁶⁴ A.-M. LA ROSA, *op. cit.*, pp. 124-130.

Le contre-interrogatoire des témoins de l'accusation n'est pas simplement un instrument important pour que la vérité émerge, il est surtout l'un des droits fondamentaux de la défense. Le Statut de Rome assure le contradictoire en tant que droit de l'accusé⁸⁶⁵ (1). De plus, puisque la *cross-examination* permet à la défense d'interagir avec le Procureur, il est un instrument qui permet de réaliser la dialectique accusatoire typique des débats devant la Cour (2).

1. Le contre-interrogatoire de la défense

La *cross-examination* est l'arme de la défense pour freiner les attaques accusatoires, « *it is the weapon to test the veracity of a statement made by a person* »⁸⁶⁶. Ainsi, la défense peut réfuter les inculpations en cause, mettre en doute la véracité des déclarations rendues, en soulignant la faiblesse, recéler toute contradiction, vérifier si le témoignage à charge est digne de foi et si le témoin lui-même est fiable. En effet, par le contre-interrogatoire il est possible de démontrer que le témoin n'a pas vu ou senti ce qu'il affirme avoir vu ou senti, qu'il accuse pour vengeance, qu'il s'est trompé ou que, par son témoignage, il n'est, en fait, pas en mesure de donner aucune contribution probatoire au procès. Mais le but du contre-interrogatoire de la défense n'est pas uniquement celui de détruire les effets des preuves à charge, il a aussi celui d'obtenir des informations favorables pour l'accusé, pour cela il est mieux de le conduire avec courtoisie, d'autant plus que la sacralité de la salle d'audience ne permet pas le dépassement des limites formelles. Les témoins de l'accusation sont écoutés en premier parce que seulement après avoir pris connaissance des accusations portées contre lui, l'accusé est dans la condition de réfuter la reconstruction des faits fournie par le Procureur. En effet, le contre-interrogatoire permet à l'accusé une confrontation directe des faits qui lui sont attribués.

La défense peut réaliser son droit au contre-interrogatoire si elle connaît l'identité du témoin – devant la Cour l'anonymat des témoins n'est pas permis à l'égard de la défense - et si le témoin est présent à l'audience. Puisque la présence du témoin réalise l'oralité des débats en tant que critère principal du procès devant la Cour, il n'y a pas de contradictoire en l'absence de témoins au prétoire. Il y a naturellement des exceptions à la règle générale, tel que le témoignage *de relato* ou par ouï-dire, *hearsay of evidence* dans la terminologie anglaise, qui consiste en la déclaration d'un

⁸⁶⁵ C.P.I., art. 67(1)(e).

⁸⁶⁶ Manual on International Criminal Defence. ADC-ICTY Developed Practices, Within the framework of the War Crimes Justice Project, Project funded by the European Union, p. 122.

témoin rapportant les déclarations d'une autre personne⁸⁶⁷. Le ouï-dire, qui soustrait le témoignage originaire au contre-interrogatoire, n'est pas admis dans les systèmes de la *Common law*, alors qu'il est recevable dans certains pays de tradition civile⁸⁶⁸. En vertu de la mixité de la procédure, il est admis par la justice pénale internationale, mais avec précaution. Puisque parfois ce témoignage indirect est la seule preuve disponible, les T.P.I. lui ont appliqué les critères de la valeur probante et de la pertinence. En effet, la démonstration de certains crimes internationaux dépend souvent des preuves indirectes, en particulier des rapports de témoins survécus à des situations où les témoins directs ont disparus ou sont morts. Dans ce cas, le contre-interrogatoire est limité, mais il n'est pas totalement exclu, dans la mesure où la véracité du témoignage *de relato* ainsi comme la fiabilité du rapporteur peuvent toujours être mis en doute au prétoire par la *cross examination* de la défense. La C.P.I. admet le témoignage par ouï-dire avec « *la plus grande prudence* »⁸⁶⁹.

2. Le moteur de l'interaction dialectique entre les parties

Le contre-interrogatoire n'est pas une prérogative de la défense, toutes les parties ayant le droit d'examiner le témoin : le Président de la Chambre, les autres juges, la partie qui l'a appelé, l'autre partie adverse et la victime participant au procès. Le contre-interrogatoire se fait dans un délai limité fixé par les juges, ne peut être une réplique de l'interrogatoire principal et ne peut porter que sur les arguments qui ont fait l'objet des déclarations du témoin, mais la Chambre peut autoriser la partie qui contre-interroge à traiter d'autres arguments⁸⁷⁰. En général, le dépassement des sujets admis se justifie pour démontrer ou pour mettre en doute la crédibilité du témoin. Au-delà des règles établies, le témoignage est irrecevable ou apprécié négativement ou n'est pas pris en compte par les juges. La défense qui contre-interroge vise à mettre à l'épreuve la spontanéité du témoin qui a bien préparé son récit sur les faits portant sur l'affaire, mais qui est moins prêt à aborder d'autres questions inattendues⁸⁷¹.

⁸⁶⁷ Voy. A.-M. LA ROSA, *ibid.*, pp. 357-365; K. Mann, "Hearsay Evidence in War Crimes Trials", in Y. DINSTEIN/M. TABORY, *War Crimes in International Law*, Kluwer, La Haye/Londres/Boston, 1996, pp. 351-377.

⁸⁶⁸ Selon la C.E.D.H. le témoignage par ouï-dire n'est pas considéré contraire à la C.E.D.H., à la condition que l'accusé ait pu contester et contre-interroger suffisamment et adéquatement le témoin, voy. C.E.D.H., *Delta v. France*, Ch., Arrêt, 19 décembre 1990, Requête 114444/85.

⁸⁶⁹ C.P.I., *Le Procureur v. Mathieu Ngudjolo*, Chambre de première instance, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 18 décembre 2012, ICC-01/04-02/12, § 496.

⁸⁷⁰ Sur les limites posées par la Chambre en matière de contre-interrogatoire, voy. I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Decision on Prosecution Motion for Reconsideration Regarding Evidence of Defence Witnesses Mitar Balević, Vladislav Jovanović, Vukašin Andrić and Dobre Aleksovski and Decision Proprio Motu Reconsidering Admission of Exhibits 837 and 838 Regarding Evidence of Defence Witness Barry Lituchy, 17 May 2005, IT-02-54-T, para. 9.

⁸⁷¹ R. DIXON/K.-A.-A. KHAN/A. FULFORD, *Archbold International Criminal Courts: Practice, Procedure and Evidence*, Sweet & Maxwell, London, 2009, p. 567.

L'efficacité de la *cross-examination* se réverbère sur toutes les parties. Grâce aux contre-interrogatoire les juges auront la possibilité d'apprécier le comportement du témoin à l'audience et d'éclaircir ou d'analyser plus en détail certains aspects importants pour la recherche de la vérité. La partie qui a fait comparaître le témoin a le droit de demander un interrogatoire supplémentaire de celui-ci, auquel suivront les répliques des autres parties. Dans le contre interrogatoire, la défense est autorisée à poser des questions suggestives ou dirigées, alors que l'interrogatoire simple prévoit des questions ouvertes. Après le contre-interrogatoire, il est possible de procéder ultérieurement à un interrogatoire supplémentaire sur certains points des déclarations déjà rendues qui doivent être mis en valeur, être contestés ou qui nécessitent d'une clarification ou d'un approfondissement. Enfin, à la suite du contre-interrogatoire, la Chambre peut toujours ordonner d'office l'audition d'autres témoins pour les confronter les uns aux autres et corroborer les déclarations déjà acquises⁸⁷². Aux fins du contradictoire, la présence de l'accusé à l'audience est importante, puisque, au cours de l'examen, l'accusé peut solliciter à son conseil des questions ou des aspects qui nécessitent d'un approfondissement et faire relever toute contradiction présente dans le récit⁸⁷³. L'accusé lui-même peut être appelé en tant que témoin et contre-interrogé. Le principe gouvernant la validité d'une preuve est que tout ce qui ne peut être soumis à un contre-interrogatoire nécessite d'une corroboration afin de constituer une base pour affirmer la culpabilité de l'accusé. Cet instrument est l'axe du procès accusatoire et la charte de tournesol par excellence pour la validité de la preuve.

B. Le contre-interrogatoire atypique

Le droit de l'accusé au contre-interrogatoire présuppose la présence du témoin à charge dans le prétoire, sa présence étant la condition principale pour garantir le droit de l'accusé de l'examiner à son tour. Une exception à cette règle est le témoignage par vidéoconférence, qui néanmoins n'est pas limitatif du droit de la défense de contre-interroger (1). Par contre, il y a des situations où ce droit est largement compromis ou totalement exclu par le manque de la présence physique du témoin. Il s'agit de la possibilité de verser au dossier les déclarations écrites de témoins qui ne seront pas cités à comparaître à la barre en tant que preuve (2).

1. Le contre-interrogatoire par vidéoconférence

⁸⁷² C.P.I., *Le Procureur v. Katanga/Ngudjolo*, Chambre de première instance II, Instructions pour la conduite des débats et les dépositions conformément à la règle 140, 1^{er} décembre 2009, ICC-01/04-01/07-1665-Corr-tFRA, § 5.

⁸⁷³ En effet, la possibilité d'activer sa propre stratégie défensive impose la présence de l'accusé au prétoire ou, au moins, du seul conseil, dont l'exclusion n'est jamais prévue, de même en cas de refus de l'accusé de se défendre, de désigner un conseil de son choix ou d'accepter un conseil nommé par la Chambre.

Une modalité particulière de contre-interroger les témoins à charge se vérifie lorsque le témoin ne se rend pas physiquement au siège de la Cour et est interrogé au dehors de la salle d'audience. En effet, le témoin qui ne souhaite ou qui ne peut se déplacer a la possibilité de témoigner par vidéoconférence, son audition est alors recueillie dans les mêmes conditions garanties par sa présence physique au prétoire. Le témoin se soumet de plein gré au contre-interrogatoire des parties et ses déclarations sont rendues sous serment, en la présence d'un officier instrumentaire envoyé par la Cour, qui est chargé de l'identifier, de l'instruire sur les modalités du témoignage, de recueillir son engagement solennel à dire toute la vérité et de le prévenir sur les risques incombant pour toute déclaration fautive. *Mutatis mutandis*, la rigueur formelle propre à la salle d'audience continue à être assurée dans l'endroit choisi pour le déroulement de la procédure. Puisqu'il s'agit d'un moyen de preuve qui permet le contradictoire, il ne contraste pas avec les droits de la défense ni avec le procès équitable. En effet, la déposition orale par liaison audio ou vidéo est autorisée « pour autant que la technique utilisée permette au Procureur, à la défense, ainsi qu'à la Chambre elle-même, d'interroger le témoin pendant qu'il dépose »⁸⁷⁴. L'accusé lui-même a la possibilité de participer à l'audience par vidéoconférence⁸⁷⁵.

En termes de validité et de capacité probante, cette modalité de témoignage présente donc la même efficacité et la même fiabilité que si l'audition avait été recueillie au siège de la Cour, puisque le seul filtre entre le témoin et le prétoire est l'écran reproduisant ses images, qui n'empêche pas de vérifier si le témoignage est libre et véridique. Toute interaction entre la personne, les parties et les juges se déroule en temps réel et l'audition est soumise aux directives indiquées par la Cour. En effet, le témoin est tenu à respecter la même conduite et les mêmes obligations, sous peine d'une poursuite pour outrage à la Cour ou pour faux témoignage. Tout changement des conditions et de l'endroit de l'interrogatoire, accouru pendant l'interrogatoire, doit être communiqué aux juges et aux parties⁸⁷⁶. Le choix de l'endroit doit être effectué avec le consentement de toutes les parties et, généralement, les sièges des ambassades ou des consulats sont préférés puisqu'ils garantissent les mêmes conditions de sécurité assurées dans la salle d'audience, surtout le respect du bien-être physique et psychologique, de la sécurité, dignité et vie privée du témoin, afin que sa déposition soit

⁸⁷⁴ C.P.I., règle 67 (1).

⁸⁷⁵ Au cours du procès contre *Simić*, le Tribunal avait permis à l'accusé – enfermé en détention pour des raisons de santé – de suivre le procès par vidéo et par l'installation de deux lignes téléphoniques connectant la salle d'audience et l'établissement pénitentiaire, I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Milan Simić*, Sentencing Judgement, 17 October 2002, IT-95-9/2-S, paras. 7-8.

⁸⁷⁶ A cet égard, voy. la jurisprudence des T.P.I., spécifiquement : T.P.I.Y., *Le Procureur v. Tadic*, Décision relative aux requêtes de la défense aux fins de citer à comparaître et de protéger les témoins à décharge et de présenter des témoignages par vidéoconférence, 25 juin 1996, IT-94-1-T, § 25 et *ibid.* Décision relative à la requête de la défense aux fins de protéger des témoins à décharge, 16 août 1996, §§ 14 et 22.

franche et sincère⁸⁷⁷. La tâche de localiser le lieu plus propice pour l'audition reste à charge de la partie qui a demandé l'interrogatoire par vidéoconférence et, en tous cas de désaccord, la décision sera prise par les juges.

Malgré le respect des mêmes règles prévues pour l'audition directe, le témoignage par liaison vidéo constitue toujours l'exception à une règle générale et sa permission est subordonnée à la démonstration de l'existence de circonstances qui rendent nécessaire ce moyen de preuve substitutif, comme l'impossibilité, l'incapacité ou le manque de volonté de la personne à comparaître à l'audience à cause de ses conditions de santé, à l'absence d'un sauf-conduit ou de mesures de protection appropriées. Enfin, l'admissibilité de ce témoignage atypique demande que les déclarations de la personne aient une importance cruciale aux fins de la preuve, au point que le manque du témoignage serait contraire à l'équité de la procédure⁸⁷⁸.

2. Le témoignage écrit : une anomalie du contre-interrogatoire

Il s'avère parfois nécessaire que le témoignage soit rendu en forme écrite, par déposition, par déclaration assermentée et par résumé, dans des circonstances de temps et de lieu qui ne marchent pas en parallèle avec le procès. Il s'agit d'une procédure exceptionnelle qui, à cause de situations extrêmes la justifiant, peut être activée lorsque la présence du témoin est indisponible ou lorsque sa sécurité ou sa disponibilité à témoigner s'avèrent incertaines pour l'avenir⁸⁷⁹. Cette procédure ne viole pas les droits de la défense, en revanche elle réduit les temps du procès découlant d'une déposition orale, mais ne peut être admise quand le témoin est disponible pour témoigner personnellement⁸⁸⁰. Toutefois, la précaution avec laquelle les témoignages écrits sont admis fait que leur admission est limitée à certains cas spécifiques, tel que la démonstration de la responsabilité du supérieur hiérarchique, même si la Chambre peut toujours demander le contre-interrogatoire du témoin qui a rendu la déclaration écrite⁸⁸¹. Toutefois, la condition pour l'admissibilité de ce moyen de preuve est que le témoignage ait une valeur fondamentale pour la recherche de la vérité, ladite procédure étant exceptionnelle dans la mesure où la présence du témoin à l'audience reste la règle et toute exception se heurte avec le droit de la défense à un débat contradictoire.

⁸⁷⁷ C.P.I., règle 67(3).

⁸⁷⁸ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Celebici*, Décision relative à la requête aux fins de permettre aux témoins "K", "L" et "M" de témoigner par voie de vidéoconférence, 28 mai 1997, IT-96-21, § 17.

⁸⁷⁹ C.P.I., art. 56.

⁸⁸⁰ Voy. Manual on International Criminal Defence. ADC-ICTY Developed Practices, Project funded by the European Union, pp. 125-127.

⁸⁸¹ I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Jovica Stanišić and Franko Simatović*, Decision on Prosecution's Motion for Admission of Written Evidence Pursuant to Rule 92 bis, 7 October 2010, IT-03-69-T, § 35.

Parmi les témoignages rendus sous forme de document admis par la Cour, la Chambre peut autoriser la présentation de témoignages déjà enregistrés sur support audio et vidéo ou tout autre document écrit portant sur un témoignage, comme une transcription, lorsque le témoin ne se présente pas à l'audience ou lorsqu'il comparait à l'audience et qu'il ne s'oppose pas à la présentation de l'enregistrement. En effet, il s'agit d'un témoignage qui est aussi bien oral que écrit. La seule condition à l'admissibilité de ces documents écrits est le respect du contradictoire au moment de l'enregistrement, à savoir les parties doivent avoir eu la possibilité d'intervenir au cours de l'interrogatoire enregistré pour poser toute question pertinente⁸⁸².

Une autre exception à la preuve orale est l'*affidavit*, une déclaration assermentée que le témoin rend sous forme d'une déclaration écrite, sans devoir se porter devant la Cour. Il ne s'agit ni d'une preuve écrite proprement dite - comme les documents certifiés - ni d'un interrogatoire - qui est oral -, car les déclarations ne sont pas rendues dans le cadre du débat contradictoire, en présence donc de toutes les parties du procès. Toutefois, il est admis dans des cas très limités, à la condition de respecter les droits de l'accusé et d'observer certaines modalités formelles visant à garantir son authenticité⁸⁸³. En outre, pour préserver les droits de l'accusé, les juges sont tenus à mesurer la valeur probante, la véracité des déclarations et la fiabilité de celui qui les a rendues, avant de faire recours à cette exception. De plus, si l'une des parties s'oppose, les juges peuvent ordonner la comparution du témoin à l'audience et lorsqu'une partie demande la production d'une déclaration écrite, l'autre partie a le droit d'en prendre préalablement connaissance. La limitation au contradictoire qui dérive de l'admissibilité de l'*affidavit* est tolérée puisque, en général, il se justifie par les mêmes raisons justifiant le témoignage écrit, à savoir l'impossibilité de témoigner oralement du fait du décès du témoin, de sa santé physique ou mentale, ou de l'impossibilité de le retrouver.

Les comptes rendus d'autres témoignages entendus au cours d'autres procédures sont également admissibles quand une partie est autorisée à ne pas divulguer les éléments de preuve qui mettraient en danger la sécurité d'une victime, d'un témoin et de sa famille. Dans le respect de l'équité et de la légalité des armes, l'autre partie peut être autorisée à faire la même chose. Les R.P.P. des T.P.I. n'avaient pas prévu l'admissibilité des déclarations écrites, ce sont les

⁸⁸² C.P.I., règle 68.

⁸⁸³ Voy. la jurisprudence des T.P.I., dans l'espèce T.P.I.Y, *Le Procureur v. Kornic*, Ch. d'app., Arrêt relatif au versement au dossier de sept déclarations sous serment et d'une déclaration certifiée, 18 sept. 2000, IT-95-14/2.

modifications suivantes qui ont règlementé la matière et admis ces moyens de preuve⁸⁸⁴. Avant de permettre le versement au dossier du compte rendu, les juges doivent estimer si la valeur probante de la déclaration ou déposition peut se révéler utile pour la reconstruction des faits, en vérifiant en particulier si le témoin a été contre-interrogé par la défense au cours de son audition dans l'autre procès. En effet, la déclaration assermentée ou le compte rendu d'un interrogatoire entendu dans le cadre d'un autre procès peuvent être déclarés non recevables par les juges lorsqu'ils constatent que la défense n'avait pas été mise dans la condition d'effectuer le contre-interrogatoire⁸⁸⁵. Le respect du contradictoire est donc demandé limitativement au premier procès et pas au procès en cours. Il est évident que, malgré les pré-conditions, dans tous les cas de dépositions écrites, s'agissant de déclarations assermentées ou de compte rendu, le droit de l'accusé au contradictoire est fortement compromis.

§ 2. La *disclosure* comme réalisation du droit de disposer des facilités nécessaires à se défendre

Pour permettre à l'accusé de préparer convenablement sa défense, le Statut de Rome lui garantit la révélation des résultats des investigations menées par le Procureur. Connue également sous le terme anglais "*disclosure*", la divulgation des pièces s'applique aussi bien à la défense qu'au Procureur, mais il s'agit d'une obligation qui pèse principalement sur le Procureur, qui doit permettre à l'accusé de préparer convenablement sa défense en vue de l'audience de confirmation des charges (A), mais surtout en vue du procès (B).

A. La divulgation avant la confirmation des charges

S'il est vrai que la divulgation s'impose aux deux parties, il faut également reconnaître que cette règle garantit surtout la défense et incombe de manière particulière à l'accusation, dans la mesure où le Procureur a des obligations qui ne s'imposent pas à la défense (1). Pour garantir le respect mutuel de cette obligation, la communication des pièces doit être faite aussi bien à la défense qu'à la Chambre préliminaire d manière complète et continue (2).

1. La quasi-unilatéralité du caractère obligatoire de la *disclosure*

⁸⁸⁴ T.P.I.Y., R.P.P. art. 92bis (C).

⁸⁸⁵ Dans certains, l'*affidavit* a été refusé parce qu'il avait été rendu devant le seul enquêteur du Procureur, voy. T.P.I.Y., *Le Procureur v. Kordic*, Ch. d'app., Décision relative à l'appel concernant la déclaration d'un témoin décédé, 21 juillet 2000, IT-95-14/2.

Le Statut de Rome protège le droit de l'accusé et de son conseil à recevoir par l'accusation tout élément de preuve nécessaire à la préparation de la défense, ce qui traduit dans la pratique le droit fondamental de l'accusé de disposer des facilités à sa défense⁸⁸⁶. L'obligation du Procureur de divulguer les résultats des investigations est un élément central du droit au contradictoire et en général, de la procédure accusatoire, où les copies de toutes les pièces jointes à l'acte d'accusation et des comptes rendus des déclarations doivent être communiquées à la défense⁸⁸⁷. La communication des pièces à conviction permet à la défense d'examiner tout élément de preuve sous la garde ou le contrôle du Procureur, qu'il s'agisse d'un document, d'un objet ou d'une donnée identificatrice. Naturellement, l'obligation concerne tout élément probatoire à charge qu'il entend utiliser, mais également et surtout les éléments de preuve à décharge susceptibles d'établir l'innocence de l'accusé ou au moins d'atténuer ses responsabilités, ou tout élément qui est de nature à entamer la crédibilité des éléments de preuve à charge, indépendamment de l'intention du Procureur de les produire en contradictoire⁸⁸⁸. Le caractère obligatoire de la divulgation fait que, en cas de manquement à ce devoir, la Chambre peut infliger d'office une sanction au Procureur et, en cas de doute, elle tranche⁸⁸⁹. Il s'agit évidemment d'une procédure visant à protéger l'accusé de toute limitation du droit de se défendre.

C'est dans un esprit de protection des droits de l'accusé que, à partir d'une certaine phase de la procédure, la normative statutaire impose cette obligation surtout au Procureur, puisque l'accusé, en vertu de la liberté de choisir sa stratégie défensive, peut toujours décider de ne pas utiliser les résultats de ses activités d'investigation, s'ils s'avèrent inutiles ou défavorables, en vertu de la règle selon laquelle l'accusé ne peut être obligé d'agir contre lui-même. De même, il n'est pas obligé de se défendre, conformément au principe de la non obligation de la réfutation et surtout du non renversement du fardeau de la preuve. Toutefois, s'il décide de choisir une défense d'alibi ou une défense pre-factuelle, il sera obligé de divulguer ses preuves à décharge⁸⁹⁰. Au delà de ces cas, il

⁸⁸⁶ Dans cette optique, il faut lire l'art. 67(2) conjointement à l'art. 67(1)(b) du Statut de Rome. En matière de divulgation, voy. également l'art. 61(3) et les règles 76, 77, 83, 84.

⁸⁸⁷ Voy. P.I.D.C.P., art. 14(3)(b), C.E.D.H., art. 6(2)(b), C.A.D.H., art. 8(1) ; sur ce sujet, voy. C. Popineau-Dehaullon, « Les communications de pièces aux parties devant la Cour de cassation. Bilan de l'application du principe européen du contradictoire : dix ans après l'arrêt Reinhardt et Slimane-Kaid », *La Semaine Juridique Edition Générale*, 30 avril 2008, n° 18-19, pp. 15-19

⁸⁸⁸ A cet égard, voy. C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre préliminaire I, Décision relative au système définitif de divulgation et à l'établissement d'un échéancier, 15 mai 2006, ICC-01/04-01/06-102-tFRA.

⁸⁸⁹ C.P.I., règles 83 et 84.

⁸⁹⁰ C.P.I., *Le Procureur v. Katanga et Ngudjolo*, Chambre de première instance II, Instructions pour la conduite des débats et les dépositions conformément à la règle 140, 1^{er} décembre 2009, ICC-01/04-01/07-1665-Corr-tFRA, § 5 ; I.C.C., *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, cit., Redacted Second Decision on disclosure by the Defense Decision on whether the prosecution may contact defense witness, 20 January, ICC-01/04-01/06-2192-Red.

existe un déséquilibre entre les deux parties à l'égard de la même obligation de divulgation du fait qu'il incombe au Procureur de prouver la responsabilité de l'accusé au-delà de tout doute raisonnable contre le droit opposé de l'accusé de renoncer à se défendre, s'il le souhaite⁸⁹¹. *Per incidens*, les termes « divulgation » et « communication » sont utilisés par la doctrine et par la normative en tant que synonymes, même si la jurisprudence de la Cour indique la première comme l'activité visant à fournir à la défense toute information suffisante sur le dossier de l'accusation et sur tout élément susceptible de se révéler à décharge afin que l'accusé soit en mesure de se préparer à l'occasion de l'audience de confirmation des charges⁸⁹². En effet, le devoir de la divulgation s'étend dès la phase préliminaire jusqu'au procès, en plus en général « *dès que cela est possible* »⁸⁹³, et s'explique conformément à tout le *corpus* normatif de la Cour en la matière⁸⁹⁴.

L'attention se pose particulièrement sur la communication des moyens de preuve à décharge que l'accusé pourrait utiliser à son profit, étant donné la fonction du Procureur de la Cour d'enquêter tant à charge qu'à décharge, en qualité d'organe de justice⁸⁹⁵. En effet, l'obligation de communiquer à la défense les moyens de preuve à charge reflète directement l'intérêt – d'ailleurs obligatoire – de l'accusation à soutenir sa thèse, alors que la communication des moyens de preuve à décharge rencontre plutôt l'intérêt – celui-ci simplement éventuel – de l'accusé à se découper. A cet égard, la doctrine a justement donné une clé interprétative évolutive de la normative statutaire, qui serait très attentive aux droits de l'accusé, dans la mesure où elle impose la divulgation des pièces à décharge à une accusation figurant comme un organe de justice indépendant plutôt que comme une simple partie – ce qui ne concerne pas le Procureur des T.P.I., n'étant obligé ni d'enquêter à décharge ni de divulguer⁸⁹⁶ – et lorsqu'elle attribue à la Chambre le pouvoir de trancher, à savoir un pouvoir d'intervention qui protège la défense⁸⁹⁷. Dans le Statut de Rome, la *disclosure* figure

⁸⁹¹ La jurisprudence des T.P.I. a contribué largement à marquer les caractères des obligations du Procureur en matière de divulgation, voy. T.P.I.Y., *Le Procureur v. Celebici*, Décision relative à la requête de l'accusé Zejnil Delalic aux fins de divulgation d'éléments de preuve, 27 sept. 1996, IT-96-21; T.P.I.Y., *Le Procureur v. Blaskic*, Décision sur la production forcée de moyens de preuve, 27 janvier 1997, IT-95-14.

⁸⁹² C.P.I., *Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre Préliminaire I, Décision relative au système définitif de divulgation et à l'établissement d'un échéancier, 15 mai 2006, ICC-01/04-01/06-102-tFRA, § 29 ; *Le Procureur v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Chambre préliminaire III, Décision relative au système de divulgation des éléments de preuve et fixant un échéancier pour l'échange de ces éléments entre les parties, 31 juillet 2008, ICC-01/05-01/08-55-tFRA, § 42.

⁸⁹³ C.P.I., art. 67(2).

⁸⁹⁴ Selon la jurisprudence, le régime de la divulgation tombe sous tous les documents fondateurs de la Cour, à savoir : les articles. 54(1)(a), 57(3)(c), 61, 67, 69, les règles 15, 76-83, 121-122 et 131(2), les normes 24bis et 26 R.C. et les normes 15-19, 21, 24-28 et 53(3) R.G., voy. I.C.C., *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba*, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Evidence Disclosure System and Setting a Timetable for Disclosure between the Parties, 31 July 2008, ICC-01/05-01/08-55, § 3.

⁸⁹⁵ C.P.I., art. 54(1)(a).

⁸⁹⁶ Voy. l'art. 68 commun aux Statuts des deux Tribunaux *ad hoc*.

⁸⁹⁷ Voy. X.-J. KEITA/C. FOURCANS/M. MASSELOT/D.-D. PREIRA/A.-A. MBAYE/S.-S. SHOAMANES, « Article 67. Droits de l'accusé », in J. FERNANDEZ/X. PACREAU (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale*.

formellement parmi les droits de l'accusé, mais son application concrète a rencontré des difficultés à partir du début de l'activité de la Cour et a provoqué des querelles acerbes entre l'accusation, qui persistait dans son comportement, et la défense, qui demandait la suspension des poursuites. Entre les deux revendications, les juges ont démontré de faire valoir les droits de la défense⁸⁹⁸. En effet, la violation de ce droit est la négation du droit de l'accusé à disposer des facilités matérielles nécessaires pour préparer convenablement sa défense, un droit garanti par l'art. 67(1)(b), mais qui est destiné à maintenir une simple valeur déclarative, si des problèmes pratiques continueront à empêcher son respect effectif⁸⁹⁹.

2. Le régime de la divulgation avant l'audience de confirmation des charges

La divulgation des pièces à conviction n'est pas due uniquement à la défense, mais également à la Chambre préliminaire (a), selon des modalités à propos desquelles la jurisprudence de la Cour s'est déjà prononcée de manière parfois contradictoire (b).

a. La divulgation à la Chambre préliminaire

Le droit à la *disclosure* n'est que la conséquence logique du droit de la personne suspectée ou accusée d'être pleinement informée des charges et des moyens de preuve contre elle⁹⁰⁰, pour cela il s'impose à l'accusation déjà avant l'audience de confirmation des charges afin de permettre à l'accusé une préparation suffisante de sa défense⁹⁰¹. Il s'agit donc d'un droit qui, devant la C.P.I., n'est pas assuré uniquement avant l'ouverture du procès proprement dit, puisque l'accusation, afin

Commentaire article par article, Tome II, *op. cit.*, p. 1530.

⁸⁹⁸ Voy. les contestations de la défense dans l'affaire Lubanga, C.P.I., *Situation en RDC, Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre de première instance I, Décision relative aux conséquences de la non-communication de pièces à décharge couvertes par les accords prévus à l'article 54-3-e du Statut, à la demande de suspension des poursuites engagées contre l'accusé et à certaines autres questions soulevées lors de la conférence de mise en état du 10 juin 2008, ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, 13 juin 2008 et même affaire, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la Décision relative aux conséquences de la non-communication de pièces à décharge couvertes par les accords prévus à l'article 54-3-e du Statut, à la demande de suspension des poursuites engagées contre l'accusé et à certaines autres questions soulevées lors de la conférence de mise en état du 10 juin 2008, rendue par la Chambre de première instance I, ICC-01/04-01/06-1486-tFRA, 21 octobre 2008 et Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre de première instance I intitulée « Décision relative à la mise en liberté de Thomas Lubanga Dyilo », ICC-01/04-01/06-1487-tFRA, 21 octobre 2008.

⁸⁹⁹ C.P.I., *Situation en RDC, Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision rendue oralement par la Chambre préliminaire I le 18 janvier 2008, ICC-01/04-01/06-1433-tFRA, 11 juillet 2008, § 2, où la Chambre donne une interprétation extensive des facilités, qui sont tous les moyens nécessaires pour la préparation de la défense, sans aucune restriction préalable.

⁹⁰⁰ Voy. J.-M. Biju-Duval, « La défense devant la Cour Pénale Internationale », *A.J.P.* (2007), n. 6, p. 257-258.

⁹⁰¹ *Ibid.*, art. 64 (3)(c), “[La Chambre]... Sous réserve de toutes autres dispositions applicables du présent Statut, assure la divulgation de documents ou de renseignements encore non divulgués, suffisamment tôt avant l'ouverture du procès pour permettre une préparation suffisante de celui-ci. ... ».

de requérir le renvoi en jugement, est chargée de notifier à la personne suspectée, par écrit et dans un délai raisonnable, toutes les charges et les pièces à conviction les sous-tendant⁹⁰².

Bien que l'obligation à la *disclosure* soit mutuelle, puisque la communications des pièces doit s'accomplir entre accusation et défense dans un esprit de réciprocité⁹⁰³, en fait, elle ne s'impose à l'accusé que limitativement, celui-ci n'étant pas obligé d'être présent à l'audience de confirmation des charges. Il s'ensuit que, lorsque l'accusé est absent, l'obligation à la divulgation ne sera pas applicable à la défense ou ne le sera pas de façon pleine dans la mesure où le suspect absent ne peut pas contribuer directement à la recherche et à la communication des moyens de preuve aptes à le défendre. Avant l'audience de confirmation des charges, la *disclosure* pèsera donc surtout sur le Procureur. Pour permettre que l'échange mutuel se déroule de manière efficace et dans de bonnes conditions, surtout lorsque la défense est présente activement, la Chambre préliminaire désigne un juge chargé d'organiser des conférences de mise en état⁹⁰⁴. Les moyens de preuve objet de l'échange seront ensuite communiqués à la Chambre préliminaire⁹⁰⁵, qui, afin de garantir une divulgation complète, peut rendre des ordonnances demandant la communication de renseignements importants pour l'audience de confirmation des charges⁹⁰⁶.

Toutefois, si la communication à la Chambre préliminaire des pièces à conviction ne présente pas de doutes – puisque c'est sur celles-ci que le Procureur appuie ses prétentions accusatoires -, un problème se pose quant à la communication des pièces à décharge. A savoir, il y a une différence entre le devoir de communication à la défense et le devoir de communication à la Chambre ; en particulier, il n'est pas clair si les pièces à décharges doivent être communiquées également à la Chambre préliminaire, comme il s'avère pour la défense. A cet égard, l'opacité de la réglementation n'a pas donné des réponses claires dans un domaine de la procédure où l'intérêt de l'accusé est en jeu. Notre point de vue est en faveur d'une communication totale des pièces à décharges, à savoir toute pièce à décharge en possession du Procureur devrait être communiquée à la Chambre, alors

⁹⁰² *Ibid.*, art. 61(3).

⁹⁰³ *Ibid.*, règles 78 et 79.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, règle 121(1)(2) : « ... b) La Chambre préliminaire tient des conférences de mise en état pour que l'échange d'informations se déroule dans de bonnes conditions. Pour chaque affaire, un juge de la Chambre préliminaire est désigné pour organiser ces conférences soit d'office soit à la demande du Procureur ou de la personne concernée; ».

⁹⁰⁵ *Ibid.*, règle 121(1)(2): «... c) Tous les moyens de preuve ayant fait l'objet d'un échange entre le Procureur et la personne concernée aux fins de l'audience de confirmation des charges sont communiqués à la Chambre préliminaire... ».

⁹⁰⁶ *Ibid.*, art. 61(3): «...La Chambre préliminaire peut rendre des ordonnances concernant la divulgation de renseignements aux fins de l'audience. ; et également *ibid.*, règle 121(1)(2): «2. En application du paragraphe 3 de l'article 61, la Chambre préliminaire prend les décisions nécessaires pour que le Procureur et la personne ayant fait l'objet d'un mandat d'arrêt ou d'une citation à comparaître se communiquent réciproquement leurs moyens de preuve ... ».

que, quant aux pièces à charge, la même obligation serait limitée aux éléments de preuve dont le Procureur entend se valoir à l'audience de confirmation des charges. Cette approche se base sur le fait que, même si d'une part, la Chambre préliminaire ne décide pas sur la responsabilité pénale, se limitant à vérifier si les éléments de preuve à disposition suffisent et donnent des motifs substantiels pour ouvrir une poursuite pénale – pour cela elle a besoin des éléments de preuve à charge -, d'autre part, il est également vrai que cet examen peut être mieux fait par l'analyse des pièces à décharges, dont la présence pourrait exclure la présence d'éléments de preuve à charge ou réduire drastiquement la portée de ceux-ci, en les rendant insuffisantes ou en soulignant un contenu qui n'est pas apte à fonder une base substantielle pour persuader les juges que l'accusé est passible d'une poursuite aux égard des crimes allégués par l'accusation. Autrement dit, le raisonnement de la Chambre préliminaire pourrait s'appuyer aussi bien directement sur les pièces à charge qu'indirectement sur les pièces à décharge.

b. Le caractère total et continu de la divulgation

En matière de divulgation à la Chambre préliminaire, la jurisprudence de la Cour préliminaire s'est prononcée en suivant deux orientations divergentes. D'une part, elle a affirmé que l'interprétation à donner aux dispositions normatives est que, avant l'audience de confirmation des charges, le Procureur n'est pas tenu de communiquer à la Chambre préliminaire les pièces à décharges mais qu'il est, par contre, obligé de les divulguer directement à la défense par le biais du Greffier, devant se limiter à verser au dossier uniquement les éléments de preuve à charge dont il entend se servir à l'audience de confirmation des charges⁹⁰⁷. Ensuite, la même Chambre – la Chambre préliminaire I -, tout en maintenant l'approche interprétative d'origine, a demandé au Procureur un simple résumé des pièces à décharges déjà communiquées à la défense⁹⁰⁸. Dans le cadre de cette orientation, une opinion minoritaire dissidente partage pour la communication à la Chambre de la totalité des pièces qui ont fait l'objet de divulgation *inter partes*, tant à charge qu'à décharge, y compris les pièces que les parties n'entendent pas verser au dossier⁹⁰⁹. Il s'agit

⁹⁰⁷ Ici la Chambre s'est fondée sur l'interprétation combinée des articles 61 (2), 61(5), 61(6), 61(7) et sur la spécificité de son rôle, qui n'est pas celui d'établir l'innocence ou la culpabilité, étant limité à établir s'il existent des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que l'accusé est passible de poursuites pénales eu égard aux crimes allégués par le Procureur. Selon ce point de vue, les pièces à décharges contribueraient donc à la formation d'un jugement d'innocence auquel cette Chambre n'est pas tenue ; voy. C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre Préliminaire I, Décision relative au système définitif de divulgation et à l'établissement d'un échéancier, 15 mai 2006, ICC-01/04-01/06-102-tFRA.

⁹⁰⁸ Cet ajustement interprétatif a été plus prolifique, voy. C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur v. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Chambre Préliminaire I, Décision établissant un calendrier pour l'affaire Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui, 10 mars 2008, ICC-01/04-01/07-259-tFRA, pp. 12-13.

⁹⁰⁹ Voy. l'opinion dissidente du juge Tarfusser dans les décisions suivantes : C.P.I., *Situation au Darfour, Soudan, Le Procureur v. Bahar Idriss Abu Garda*, Chambre Préliminaire I, Second Decision on issues relating to Disclosure, 15

évidemment d'une approche qui englobe tout et qui a été adopté dans le cadre d'une deuxième orientation jurisprudentielle, cette fois de la part d'une autre Chambre préliminaire – la Chambre préliminaire III -, qui a statué que, afin d'accomplir son mandat de filtre, elle doit connaître toutes les pièces que les parties se sont communiqué chaque pièce accompagnée par l'indication de la pertinence par rapport aux charges. Dans le cadre de cette approche, la Chambre préliminaire a également prescrit que toute divulgation du Procureur à la défense doit s'accomplir sans interruption et aussitôt que possible, à moins de ne pas obliger la Chambre à trancher sur toute infraction. Dans la même logique de protection des droit de la défense, cette Chambre n'a pas autorisé le Procureur à interjeter appel de la décision sur le système de la divulgation⁹¹⁰.

Malgré les orientations divergentes et sous certains aspects contradictoires, il faut reconnaître aux juges de la Cour l'effort de combler les lacunes statutaires et réglementaires concernant le régime de la divulgation. Mais, en manque d'uniformité normative, les Chambres de la Cour adoptent chacune son propre régime de divulgation, tout en préservant les lignes directrices générales prescrivant une continuité de l'activité de divulgation tout au long de la procédure. En effet, la divulgation des éléments de preuve acquiert des fonctions différentes selon le moment: au moment de la confirmation des charges, la divulgation permet à la Chambre préliminaire de vérifier s'il existent des preuves suffisantes donnant des motifs substantiels de croire que la personne poursuivie est passible d'un procès ; en revanche, au moment du procès, la divulgation permet à la Chambre de première instance de fonder sa décision sur la responsabilité pénale ou non de l'accusé⁹¹¹. Il s'agit donc d'un devoir de divulgation qui persiste sans interruption même s'il change sa fonction au cours de la procédure⁹¹².

B. La divulgation avant le procès

En matière de divulgation, le déséquilibre qui pèse surtout sur l'accusation vise à permettre à l'accusé de préparer dûment sa défense (1) ; toutefois, il persiste encore un discrétionnaire de

juillet 2009, ICC-02/05-02/09-35, §§ 13-15 ; C.P.I., *Situation au Darfour, Soudan, Le Procureur v. Abdallah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Chambre Préliminaire I, Decision on issues relating to disclosure, 29 juin 2010, ICC-02/05-03/09-49.

⁹¹⁰ C.P.I., *Situation en République centrafricaine, Le Procureur v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Chambre Préliminaire III, Décision relative au système de divulgation des éléments de preuve et fixant un échéancier pour l'échange de ces éléments entre les parties, 31 juillet 2008, ICC-01/05-01/08-55-tFRA et dans la même affaire, Chambre Préliminaire III, Décision relative à la requête du Procureur aux fins d'autorisation d'interjeter appel de la décision sur le système de divulgation des éléments de preuve, rendue par la Chambre Préliminaire III, 25 août 2008, ICC-01/05-01/08-75-tFRA.

⁹¹¹ C.P.I., art. 67(2) et art. 74(2).

⁹¹² A cet égard, voy. C.P.I., *Situation en République centrafricaine, Le Procureur v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Chambre préliminaire III, Decision on the Evidence Disclosure System and Setting a Timetable for Disclosure between the Parties, 31 juillet 2008, ICC-01/05-01/08-55.

l'accusation en matière de divulgation des éléments de preuve à décharge qui pénalise la défense. A cet égard, la jurisprudence de la Cour a essayé de combler les lacunes statutaire avec des décisions visant à élargir le champ interprétatif en matière de divulgation (2).

1. La divulgation pour la préparation de la défense

Le déséquilibre qui caractérise la réciprocité de la divulgation émerge également au stade du procès, où l'obligation pèse sur l'accusation mais pas forcément sur la défense. Comme règle générale, l'obligation de communication continue à être mutuelle après la confirmation des charges, à savoir avant le procès, lorsque les parties se communiquent encore une fois les moyens de preuves qu'elles entendent verser au dossier. Les parties révèlent les noms des témoins qu'elles ont l'intention de citer, en divulguant également les copies de toute déclaration rendue. En particulier, selon la réglementation de la Cour, avant l'ouverture de la première audience au fond, le Procureur est obligé de communiquer à la défense les noms des témoins qu'il a l'intention d'appeler à déposer et de transmettre les copies de toute déclaration déjà rendue par lesdits témoins dans leur texte original et dans une langue que l'accusé comprend et parle parfaitement⁹¹³. La charge de la divulgation continue à peser particulièrement sur l'accusation lorsqu'il s'agit de communiquer à l'accusé les preuves à décharge qui, aux termes de la règle 77, celui-ci pourrait utiliser pour préparer sa défense. La jurisprudence de la Cour a qualifié comme preuves à décharge toute preuve apte à supporter la stratégie de la défense ou à compromettre la stratégie du Procureur⁹¹⁴. La divulgation doit s'accomplir dans un laps de temps « *suffisamment* » court, pour permettre à l'accusé de préparer sa défense « *convenablement* »⁹¹⁵. En outre, ladite communication est fixée dans les mêmes conditions et suit les mêmes règles lorsque le Procureur estime nécessaire de citer des témoins supplémentaires à charge⁹¹⁶. A cet égard, un pouvoir particulier est donné à la Chambre de première instance, qui, quand bien même les parties ne le demandent pas, peut prendre d'office toute décision nécessaire en matière de communication de preuves supplémentaires, en veillant à ce que le procès se déroule équitablement, diligemment et sans retard⁹¹⁷.

⁹¹³ *Ibid.*, règle 76 (3).

⁹¹⁴ A cet égard, la Chambre d'appel a critiqué l'approche restrictive qui avait été adoptée par la Chambre de première instance, en affirmant que sont considérés à décharge tous les éléments de preuve pertinentes à la préparation de la défense et non uniquement nécessaires. Voy. C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre de première instance I, Décision fixant le calendrier et les modalités de la communication des pièces et la date du procès, 9 novembre 2007, ICC-01/04-01/06-T-71-FRA et même affaire, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Thomas Lubanga Dyilo contre la décision rendue oralement par la Chambre de première instance I le 18 janvier 2008, 11 juillet 2008, ICC-01/04-01/06-1433-tFRA, § 77.

⁹¹⁵ *Ibid.*, règle 76 (1).

⁹¹⁶ *Ibid.*, règle 76 (2).

⁹¹⁷ *Ibid.*, règle 84: "Afin de permettre aux parties de préparer le procès et pour faciliter le déroulement équitable et diligent de la procédure, la Chambre de première instance, conformément aux alinéas 3 c) et 6 d) de l'article 64 et au

Le pouvoir de la Chambre en matière de divulgation est l'expression de la particularité de la justice pénale internationale, qui vise à la lutte à l'impunité mais également à la recherche de la vérité⁹¹⁸. De plus, malgré des incertitudes, la normative de la Cour en matière de divulgation souligne l'attention que les Etats Parties ont en faveur de l'accusé et la volonté de corriger le déséquilibre en matière d'égalité des armes, étant donné les pouvoirs considérables de l'accusation dans le recueil et le maintien des moyens de preuve. Dans cet esprit, sous réserve de restrictions spécifiquement indiquées, le droit de l'accusé ou du suspect à la divulgation s'accompagne du pouvoir d'inspection sur les documents, les livres, les photographies et sur tout autre objet en possession ou sous le contrôle du Procureur, lorsqu'il compte les utiliser comme moyen de preuve au procès⁹¹⁹. Pour garantir l'équité et permettre ainsi à toutes les parties de préparer convenablement le procès, la même possibilité d'inspection est donnée au Procureur en ce qui concerne les moyens sous le contrôle ou en possession de la défense⁹²⁰.

La divulgation à l'accusé comprend également les copies des déclarations que lui-même a préalablement rendu au cours d'interrogatoires dans le cadre de la même affaire ou d'autres procédures judiciaires. L'accusé, s'il prouve leur importance pour sa défense, peut également demander les copies des déclarations rendues par certains témoins dans le cadre d'autres affaires, mais qui ont été protégées par des mesures de confidentialité, mais à conditions que la confidentialité soit respectée. Le caractère rigoureux du régime de la divulgation des preuves à charges a été souligné par la jurisprudence dans l'affaire Lubanga, où la Chambre de première instance I a statué que le respect de la confidentialité de certaines preuves à charge aurait produit la suppression des charges se fondant sur les preuves que le Procureur n'avait pas divulgué en vertu de ladite confidentialité⁹²¹. En effet, la jurisprudence des T.P.I. a beaucoup emphasized le respect de la confidentialité par l'application de sanctions aux parties pour outrage à l'organe juridictionnel,

paragraphe 2 de l'article 67, mais sous réserve du paragraphe 5 de l'article 68, prend toutes les décisions nécessaires pour la communication de pièces ou de renseignements non encore divulgués et la production d'éléments de preuve supplémentaires. Pour éviter les retards et faire en sorte que le procès s'ouvre à la date prévue, ces décisions sont assorties de délais stricts, que la Chambre de première instance peut reconsidérer. ».

⁹¹⁸ A.-M. LA ROSA, *op. cit.*, p. 124 et s.

⁹¹⁹ *Ibid.*, règle 77. Puisque la règle fait référence à tout livre, document, photographie et autre objet nécessaire à l'accusé pour la préparation de sa défense, nous retenons que l'inspection doit s'étendre à tout élément de preuve en possession ou sous le contrôle du Procureur, donc également aux moyens à charge qu'il n'entend pas utiliser et qu'il néglige comme non relevant du point de vu probatoire, en vertu du fait qu'ils pourraient être appréciés par la défense comme moyens de preuve à décharge ; cette considération semble plutôt implicite dans le texte de la règle 77.

⁹²⁰ *Ibid.*, règle 78.

⁹²¹ C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre de première instance I, Décision fixant le calendrier et les modalités de la communication des pièces et la date du procès, 9 novembre 2007, ICC-01/04-01/06-1019-tFRA.

surtout au cas de divulgation non due à la presse⁹²². Dans une sorte d'esprit de réciprocité inversé, si la défense entend se soustraire à l'inspection sur ses moyens de preuve, elle devra renoncer à l'inspection sur les moyens de preuve du Procureur⁹²³. Toutefois, toute faute ou violation de l'obligation de divulgation provenant d'une partie ne dégage pas l'autre partie de ses obligations analogues. En revanche, la violation pourra être contestée devant la Chambre afin de demander l'invalidation de la preuve ou, le cas échéant, de la procédure toute entière.

2. Le pouvoir discrétionnaire du Procureur par rapport aux preuves à décharge

Une faille dans la normative statutaire concerne un point crucial pour la défense. En effet, l'obligation du Procureur de communiquer les preuves à décharge est limitée aux éléments de preuve qu'il estime favorables à la défense⁹²⁴ ; donc uniquement les éléments qui, selon le point de vue du Procureur, ont un caractère disculpatoire ou au moins susceptible d'atténuer la responsabilité seront communiqués à l'accusé. Grâce à cette disposition, le Procureur exerce un arbitraire qui réduit la portée quantitative et qualitative de la divulgation. La seule limitation est son doute – d'ailleurs susceptible d'être dissimulé -, puisque seulement en cas de doute il peut demander d'être entendu *ex parte* par la Chambre saisie de l'affaire afin de connaître son avis⁹²⁵. De plus, le caractère *ex parte* de l'audition du Procureur confirme la réduction des garanties de la défense en matière de communication des pièces à décharge, dans la mesure où il n'a pas de pouvoir d'intervention ni d'opposition. Il faut espérer que le Procureur ait l'objectivité de reconnaître et l'impartialité de soulever le doute sur tout éventuel caractère disculpatoire d'une preuve. Le déséquilibre présent dans la normative statutaire a été partiellement mitigé par la jurisprudence de la Cour, qui prévoit l'intervention de la Chambre pour résoudre tout doute lié au caractère disculpatoire⁹²⁶. Mais, ladite solution ne comble pas les failles, puisqu'il reste confié au Procureur de saisir la Chambre à ce titre.

Il existe néanmoins un antidote normatif pour contraster le discrétionnaire de l'accusation, puisque la défense peut solliciter la divulgation de la part de l'accusation, en démontrant que le Procureur dispose de certains moyens de preuves susceptibles de le disculper ou d'entamer la

⁹²² T.P.I.Y., *Le Procureur v. Aleksovski*, Décision portant condamnation pour outrage au tribunal, 11 déc. 1998, IT-95-14/1.

⁹²³ C.P.I., règle 81(5).

⁹²⁴ *Ibid.*, art. 67(2), "Outre toute autre communication prévue par le présent Statut, le Procureur communique à la défense, dès que cela est possible, les éléments de preuve en sa possession ou à sa disposition dont il estime qu'ils disculpent l'accusé ou tendent à le disculper ou à atténuer sa culpabilité, ou sont de nature à entamer la crédibilité des éléments de preuve à charge. En cas de doute quant à l'application du présent paragraphe, la Cour tranche. ».

⁹²⁵ *Ibid.*, règle 83.

⁹²⁶ C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre de première instance I, Décision fixant le calendrier et les modalités de la communication des pièces et la date du procès, 9 novembre 2007, ICC-01/04-01/06-1019-tFRA.

crédibilité et la véracité des preuves à charge⁹²⁷. Encore une fois, la protection assurée par cette disposition est illusoire, puisqu'elle présume que la défense ait connaissance de l'existence de preuves qu'il est peu probable qu'elle connaisse si celles-ci ne lui ont pas été communiquées. Le nœud du problème est le critère pour établir la nature des éléments de preuve sous le contrôle du Procureur, mais également celui de l'interprétation de leur attitude à contribuer à la préparation de la défense. A cet égard, une contribution importante a été donnée par la jurisprudence des T.P.I., laquelle, se basant sur le règlement fédéral américain de procédure pénal, a établi que les preuves nécessaires à la défense sont celles qui contribuent sensiblement à la préparation des témoins, à la récusation, aux objections et à la compréhension du cadre probatoire générale⁹²⁸. La jurisprudence de la Cour semble vouloir se situer dans le même sillon d'élargissement interprétatif du T.P.I.Y.. En effet, à cet égard, la Chambre de première instance II a tranché et a adopté le régime de la divulgation intégrale. Il s'agit d'ailleurs d'une orientation jurisprudentielle introduite auparavant par la Chambre préliminaire, qui prescrit la communication à la défense de tous les éléments de preuve à charge et à décharge, en se réservant le pouvoir d'intervenir uniquement quand il y a des motifs raisonnables de croire que le Procureur n'a pas obtempéré à ce devoir⁹²⁹. L'intervention est également prévue lorsque la communication n'est pas accomplie en temps utile pour permettre à l'accusé de préparer sa défense⁹³⁰.

CONCLUSION CHAPITRE II

La dialectique entre accusation et défense se mesure par l'égalité des armes. Seul l'égalité des armes peut garantir une dialectique équitable. Le modèle procédural mixte de la Cour privilégie l'oralité probatoire propres aux systèmes accusatoires, où le témoignage, dans toutes ses formes, est l'instrument principal pour faire valoir les prétentions accusatoires du Procureur. Toutefois, la preuve écrite de matrice inquisitoire est largement admise devant la Cour, où la recherche de la

⁹²⁷ En particulier, la question a été soulevée dans l'affaire Lubanga au cours de l'audience du 25 novembre 2008, C.P.I., *Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06.

⁹²⁸ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Celebici*, Décision relative à la requête de l'accusé Zejnil Delalic aux fins de divulgation d'éléments de preuve, 29 sept. 1996, IT-96-21.

⁹²⁹ C.P.I., *Situation en République centrafricaine, Le Procureur v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Chambre préliminaire III, Decision on the Evidence Disclosure System and Setting a Timetable for Disclosure between the Parties, 31 juillet 2008, ICC-01/05-01/08-55 et même affaire, Chambre de première instance III, Redacted Decision on the Prosecution's Request to Lift, Maintain and Apply Redactions to Witness Statements and Related Documents, 20 juillet 2010, ICC-01/05-01/08-813-Red, § 85. La Cour a également fixé des limites à la divulgation d'informations qui ont fait l'objet d'expurgation ou qui ont été rendues sous forme de résumé, dont la divulgation est limitée, voy. C.P.I., *Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre de première instance I, audience du 24 juin 2008, ICC-01/04-01/06-1401-tFRA et également Chambre d'appel, 8 octobre 2010, ICC-01/04-01/06-T-315-FRA&WT.

⁹³⁰ Voy. la jurisprudence contraire aux communications tardives, C.P.I., *Situation in DRC, Prosecutor v. katanga/Ngudjolo*, Trial Chamber II, Decision on the disclosure of evidentiary material relating to the Prosecutor's site visit to Bogoro on 28, 29 and 31 March 2009, ICC-01/04-01/07-1515, 7 October 2009.

vérité est la priorité. Lesdits instruments probatoires appartiennent aussi bien à l'accusation qu'à la défense, mais leur utilisation incombe principalement au Procureur, tenu de démontrer la responsabilité de l'accusé du fait de la charge de la preuve, alors que l'accusé peut toujours renoncer à se défendre. Le régime de la preuve qui émerge du Statut de Rome est emprunté à une très large flexibilité et liberté formelle, où une place importante est donnée au contre-interrogatoire et au devoir de divulgation, deux instruments probatoires à disposition des deux parties, mais dont la défense a tout intérêt à se valoir pour refuser les accusations présentées contre lui. En termes généraux, le régime de la preuve en vigueur devant la Cour présente une certaine égalité entre les deux parties antagonistes, qui toutefois ne manque pas d'incertitudes. Il est souhaitable que la jurisprudence de la Cour donne des ajustements interprétatifs à une normative statutaire présentant un degré de protection suffisante mais minimale.

CONCLUSION TITRE II

Devant la C.P.I., la dialectique entre accusation et défense a une connotation particulière, compte tenu des pouvoirs considérables du Procureur ; cela déstabilise un contradictoire où les stratégies argumentatives et les armes de la dialectique présentent un caractère traditionnel, mais adapté à la spécificité du procès visant la punition des responsables pour crimes internationaux et non de droit commun. La flexibilité du régime probatoire de la Cour accélère la recherche de la vérité et favorise l'accusé, qui possède un large éventail de moyens pour se défendre. En particulier, un élément innovateur caractérise le patrimoine probatoire dont l'accusé dispose en vertu du Statut : la divulgation. La communication à la défense des pièces de l'accusation est un devoir, qui est encore plus contraignant lorsqu'il s'agit des éléments de preuve à décharge. Toutefois, ce qui est un point de force dans le système général des garanties de la défense, s'avère une faiblesse du fait d'une réglementation formelle qui présente des lacunes techniques applicatives de ce qui, du point de vue de la protection normative, est chimérique et illusoire. La normative statutaire est un faux-semblant par rapport à ses défaillances. En matière de *disclosure*, la jurisprudence de la Cour est déjà en marche pour attribuer une équité effective à la dialectique, en vertu du pouvoir de la Chambre d'intervenir et trancher chaque fois où les intérêts de l'accusé sont mis en cause.

CONCLUSION PARTIE I

Résultat d'une complexe évolution historique, philosophique et juridique, les droits de l'accusé ne sont qu'une conquête récente dans le panorama de la justice pénale internationale, où le procès doit tenir compte de plusieurs intérêts en jeu. Devant la Cour, chaque partie poursuit sa propre vérité et cela fait que parfois la vérité juridique – que chacun se forme selon sa différente

conception personnelle de la réalité des faits et selon ses propres intérêts - ne coïncide pas toujours avec la vérité historique. En effet, la vérité juridique est le simple résultat du procès, c'est-à-dire la synthèse de la convergence des actions de toutes les parties tout au long de la procédure pénale, mais surtout au cours des débats au prétoire, qui est le théâtre privilégié où la défense prend forme grâce à la présentation de la preuve à décharge. Le procès est donc l'espace naturel où l'activité de l'accusation et l'activité de la défense se rencontrent dans le respect de la règle de l'égalité des armes, qui donnera lieu à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé. Dans cette dynamique dualiste, on voit émerger le rôle central de la Chambre, gardien de l'équité et non simple spectateur. Il ne faut d'ailleurs pas négliger l'intérêt que la communauté internationale porte vers la vérité.

Au niveau de la procédure, le procès devant la C.P.I. présente une disparité évidente entre les deux parties adversaires. Les différences prennent d'autant plus d'importance lorsqu'on réalise qu'elles se révèlent toujours plus désavantageuses pour la défense. La disparité des fonctions institutionnelles fait de la défense une partie qui aspire simplement à un rôle institutionnellement reconnu, ce qui représente une limite insurmontable, étant donné la quasi-impossibilité de changer la structure organique de la Cour alors que les jeux sont faits, car cela signifierait d'abord amender la structure portante du Statut. Face à l'impossibilité, pour la défense, d'acquérir les mêmes pouvoirs et prérogatives que le Statut de Rome reconnaît au Procureur, il est à la Cour de démontrer, dans la pratique quotidienne de la salle d'audience, la réalisation de l'équité procédurale, qui n'est que la limite subtile qui distingue ce que l'accusation, par ses pouvoirs-devoirs, doit à la justice et ce que la justice doit à la défense.

SECONDE PARTIE

LES DROITS DE L'ACCUSE DANS LE STATUT DE ROME : MATRICE D'UNE EVOLUTION DU PROCES PENAL INTERNATIONAL

Composantes incontournables du procès équitable, les droits de la défense réalisent dans la pratique le principe de la présomption d'innocence. Leur importance est encore plus évidente lorsqu'il s'agit d'organiser la défense dans le cadre du procès pour crimes d'une certaine gravité et devant une juridiction aussi particulière que la C.P.I.⁹³¹. Du fait de cette fonction cruciale, il s'agit d'analyser le respect de cette catégorie de droits par la Cour et de souligner que le Statut de Rome, loin de représenter un aboutissement, n'est qu'un point de départ d'une évolution visant à une protection effective de l'accusé, qui a vu la cristallisation de garanties procédurales et le perfectionnement du procès pénal international (**Titre I**).

Dans ce processus d'évolution et de perfectionnement du système de garanties de l'accusé, la participation des victimes au procès devant la Cour pose le problème de la vérification du renforcement de l'équité, qui peut mettre en danger les droits de la défense⁹³². L'autre aspect que notre analyse se propose de vérifier est l'influence des normes procédurales de la C.P.I., *in primis* le Statut de Rome, sur le procès dans d'autres instances pénales internationales et plus particulièrement du Tribunal Spécial pour le Liban : celui-ci présente un intérêt particulier puisqu'il s'agit de la seule juridiction pénale internationale postérieure à la Cour, qui présente des caractéristiques très spécifiques et suit une réglementation autonome sous plusieurs aspects autant substantiels que procéduraux. Ainsi, le problème que l'on s'est posé a été celui de vérifier si, en rapport à la procédure de la C.P.I., les règles suivies par ce Tribunal renforcent ou réduisent les garanties de la défense propres au procès pénal international. La comparaison permettra de confirmer ou de démentir l'hypothèse d'une supériorité prétendue du système de garanties offert par le Statut de Rome (**Titre II**).

TITRE I. LA PROTECTION DES DROITS DE LA DEFENSE DANS LES TEXTES PROCEDURAUX DE LA C.P.I., UNE TENDANCE EVOLUTIVE

⁹³¹ Voy. P. CURRAT, "L'organisation de la défense", in J. FERNANDEZ/X. PACREAU (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Editions Pedone, Paris, 2012, p. 241.

⁹³² C. BLENGINO, "La position juridique de l'individu dans le Statut de la Cour pénale internationale", in M. CHIAVARIO (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Dalloz-Giuffrè Editore, Milano, pp. 161-166.

Comme la jurisprudence des T.P.I. l'a souligné⁹³³, l'accusé jouit de garanties préexistantes aux dispositions formelles consacrées dans les Statuts et dans les autres textes procéduraux des juridictions pénales internationales, car il s'agit des garanties de la défense qui figurent dans les documents universels et régionaux sur les droits de l'homme, notamment l'art. 14 du P.I.D.C.P⁹³⁴. Mais le Statut de Rome, tout comme les instruments juridiques universels et régionaux mentionnés, se limite à donner une liste de droits qui ne vise pas à exclure d'autres droits⁹³⁵. Conformément à l'orientation jurisprudentielle de la Cour de Strasbourg, le droit de l'accusé à être informé de la nature et de la cause de l'accusation, de manière détaillée, dans une langue qu'il comprend et dans le plus bref délai, le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à sa défense, de se défendre soi-même, d'avoir un défenseur de son choix, de garder le silence, le droit à l'audition des témoins et à l'assistance gratuite d'un interprète, font tous partie d'une énumération qui ne peut pas être considérée exhaustive, étant toujours susceptible d'intégration pendant le processus interprétatif et applicatif des garanties⁹³⁶. Le Statut de Rome (**Chapitre 1**) et les autres documents procéduraux de la Cour (**Chapitre II**) protègent donc l'accusé en indiquant simplement une partie de la protection, à savoir le *minimum minumorum* de l'ensemble des droits qui doivent être garantis à la défense.

CHAPITRE I. LA CONSECRATION DES DROITS DE LA DEFENSE DANS LE STATUT DE ROME

Dans le Statut de Rome les droits de la défense sont mentionnés et abordés dans plusieurs articles⁹³⁷. L'expression « droits de la défense » indique en réalité une catégorie de droits englobant deux sous-catégories, les « droits du suspect » et les « droits de l'accusé », même si le jargon juridique utilise les deux expressions « droits de la défense » et « droits de l'accusé » comme des

⁹³³ Quant au respect des instruments internationaux en matière de garanties procédurales de la défense, il est intéressant surtout la première jurisprudence pénale internationale, en particulier : T.P.I.Y., *Le Procureur v. D. Tadić*, Chambre d'Appl, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre, IT-94-1-AR72, § 42.

⁹³⁴ N.-J. CROQUET, "The International Criminal Court and the Treatment of Defence Rights: A Mirror of the European Court of Human Rights' Jurisprudence?", in *H.R.L.R.* (2011), p. 91 et s.; S. STAVOS, *The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1993, p. 349 et s.; P.-L. ROBINSON, "Fair but Expeditious Trials", in *E.J.I.L* (2000), p. 574 et s.; P. VAN DIJK, "Universal Legal Principles of Fair Trial in Criminal Proceedings", in A. ROSAS/J.- E. HELGESEN (ed.), *Human Rights in a Changing East-West Perspective*, Pinter Publishers, London-New York, 1990, pp. 89-112; F. SUDRE, "Droits intangibles et/ou droits fondamentaux: y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des Droits de l'Homme", in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Brussels, 1995, p. 382 et s.

⁹³⁵ Voy. l'article 6 de la C.E.D.H., l'article 10 de la D. H. D. H., l'article 8 de la C. A. D. H., l'article 7 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, les article 4 et 5 de la Déclaration islamique des droits de l'homme du 1990, les articles 47, 48, 49 et 50 de la Charte de Nice des droits fondamentaux de l'Union Européenne.

⁹³⁶ A. HUET/R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international, op. cit.*, p. 294 et s.

⁹³⁷ Voy. les articles 55, 56(1)(b), 67, 68(1), 68(3), 68(5), 69(2).

synonymes indiquant également les droits du suspect⁹³⁸. En effet, les instruments universels de protection des droits de l'homme ne font aucune distinction entre suspect et accusé et, d'une manière analogue, le Statut de Rome ne mentionne jamais le terme « suspect », même s'il distingue les droits de l'accusé des droits de la « personne dans le cadre de l'enquête ». L'exclusion n'est pas compréhensible, alors que la locution fait partie de la procédure pénale et que les deux définitions de suspect et d'accusé sont reconnues et adoptées par les systèmes juridiques nationaux et par la doctrine⁹³⁹.

A notre avis, le Statut de Rome aurait dû présenter une terminologie plus précise, dans la mesure où, à une distinction normative devrait correspondre *a priori* une distinction terminologique. L'introduction du terme suspect aurait peut-être évité aux Etats Parties de faire preuve d'une certaine fantaisie lexicale dans l'usage de plusieurs expressions substitutives telles que : « la personne dans le cadre d'une enquête »⁹⁴⁰, « la personne faisant l'objet de l'enquête ou des poursuites » et « la personne visée »⁹⁴¹, « la personne concernée »⁹⁴², « la personne arrêtée ou qui a comparu » et « l'intéressé »⁹⁴³, « la personne mise en liberté »⁹⁴⁴, « la personne ayant fait l'objet d'un mandat d'arrêt ou d'une citation à comparaître »⁹⁴⁵. En effet, l'expression générique « personne » évite toute stigmatisation préalable et, par rapport au terme « suspect », c'est la phase de la procédure qui permet de comprendre s'il s'agit de l'accusé ou du suspect. A part cette critique purement formelle du texte fondateur de la Cour, les deux statuts, de suspect et d'accusé, donnent lieu à deux réglementations procédurales différentes et à deux énumérations formelles différentes, à savoir l'art. 55 sur les droits du suspect (**Section I**) et l'art. 67 sur les droits de l'accusé (**Section II**).

Section I. *L'article 55 : les droits propres à la personne suspectée*

Les garanties de la défense commencent et se terminent au-delà du procès au sens technique du terme. En fait, la personne soumise à une procédure devant la C. P. I. jouit d'une série de droits avant même d'acquiescer le statut d'accusé, c'est-à-dire avant la phase des débats et continue à en jouir

⁹³⁸ L-S. SUNGA, « Full respect for the rights of suspect, accused and convict : from Nuremberg and Tokyo to the ICC », in M. HENZELIN/R. ROTH, *op. cit.*, pp. 233-239; M. WLADIMIROFF, « Rights of Suspects and Accused », in G. -K MCDONALD/O.-Q. SWAAK-GOLDMAN (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, Vol. I, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 419-430.

⁹³⁹ L. SINOPOLI, « Les droits de la défense », in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *op. cit.*, pp. 791-805.

⁹⁴⁰ C.P.I., art. 55.

⁹⁴¹ *Ibid.*, art. 61(1)(4).

⁹⁴² *Ibid.*, règle 113.

⁹⁴³ *Ibid.*, règle 114(1)(2)(3)(4).

⁹⁴⁴ *Ibid.*, règle 119.

⁹⁴⁵ *Ibid.*, règle 121.

après la fin du procès. Il y a donc des droits qui naissent quand la personne fait simplement l'objet d'une investigation et qui, dans la structure du Statut de la C.P.I., sont réglés par l'article 55. Techniquement, le suspect est la personne au sujet de laquelle le Procureur a des motifs raisonnables de croire qu'elle aurait commis un crime relevant de la compétence de la Cour.⁹⁴⁶ Plusieurs droits du suspect sont communs à l'accusé, puisqu'ils s'appliquent également dans le cadre du procès proprement dit : on évitera donc les analyser deux fois.

L'article 55 présente une structure binaire, dans la mesure où le paragraphe 1 a une portée plus ample, indiquant génériquement une personne touchée par une enquête, à savoir le suspect potentiel ou plus simplement un témoin, alors que le paragraphe 2 introduit le suspect officiel, à savoir la personne protagoniste de l'enquête, à l'encontre de laquelle il y a des raisons de croire qu'elle a commis un crime. L'expression «...*cette personne a de plus les droits suivants...* », qui est contenue dans le paragraphe 2 de l'art. 55 indique le suspect comme le destinataire de droits supplémentaires. De plus, le paragraphe focalise l'attention sur le moment où la personne est soumise à l'interrogatoire formel. La distinction qu'on peut envisager entre les deux paragraphes est que le premier s'adresse à une personne dont le statut de suspect est éventuel, dans la mesure où le passage de suspect en accusé est simplement possible (§1), alors que, dans le deuxième, la transformation du statut de suspect en accusé est probable, puisque l'on est déjà en présence d'un statut officiel (§ 2).

§ 1. Le suspect potentiel

Au début de son histoire judiciaire, la personne acquiert des droits qu'elle maintiendra tout au long de la procédure pénale, comme le droit de ne pas être forcé de témoigner contre soi-même ni de s'avouer coupable et, si nécessaire, le droit à l'aide linguistique (**A**) ou le droit à faire respecter son intégrité physique et morale et sa liberté personnelle (**B**). Il s'agit de droits qui sont attribués sur le fondement du paragraphe 1 de l'art. 55 et qui naissent lorsque la personne n'a pas encore acquis le statut officiel de suspect. Nous avons donc choisi de parler de suspect potentiel.

A. Les garanties relatives à la communication entre le suspect et les autorités

⁹⁴⁶ Sur le sujet voy. A.-A. MBAYE/S.-S. SHOAMANESH, « Article 55. Droits des personnes dans le cadre d'une enquête », in J. FERNANDEZ/X. PACREAU (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Editions Pedone, Paris, 2012, p. 1261 et s.

Dans son rapport avec l'autorité judiciaire, la personne suspectée peut choisir de se retrancher derrière l'inaction et le silence - toujours possible - ou de communiquer. Dans ce cas, plusieurs garanties lui permettent d'interagir proprement avec les enquêteurs ; celles-ci peuvent aussi bien concerner le fond de la communication, comme le droit à ne pas être obligé de témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable (1), que la forme de la communication, comme le droit de bénéficier, le cas échéant, d'un interprète compétent et des traductions des actes. Par ailleurs, l'aide linguistique est une garantie de conformité sur le contenu de la communication entre suspect et autorité (2). Il s'agit de droits tellement fondamentaux pour la validité d'une procédure judiciaire qu'ils s'appliquent au début de celle-ci et accompagnent la personne touchée par une enquête jusqu'à ce qu'elle voie son statut se transformer en celui d'accusé. En l'espèce, la réglementation statutaire est équivalente autant pour le suspect que pour l'accusé. Les mêmes argumentations sont donc valables, *mutatis mutandis*, pour les deux.

1. Art. 55 (1) (a) : le droit de ne pas être obligé de témoigner contre soi-même ni de s'avouer coupable

L'art. 55 fait une distinction entre le droit à ne pas témoigner contre soi-même et le droit à ne pas s'avouer coupable, qui en réalité ne sont que deux espèces d'un droit unique plus général : celui de ne pas être obligé à s'incriminer (a). Ladite garantie est tellement étendue qu'elle débouche parfois sur la liberté – sans qu'elle soit sanctionnée – de dissimuler la vérité selon une interprétation judiciaire des faits qui peut s'avérer très lointaine de la vérité historique (b).

a. Le droit à ne pas s'incriminer

i. La portée du droit à ne pas s'incriminer

Le Statut de Rome interdit à l'accusation d'obtenir des éléments de preuve au mépris de la volonté de l'accusé, en faisant recours à la force physique, psychologique ou à la menace⁹⁴⁷. Le droit à ne pas être obligé de témoigner contre soi-même ni de s'avouer coupable n'est qu'un corollaire du principe du non-renversement du fardeau de la preuve, puisqu'il n'appartient pas à la personne qui fait l'objet des investigations l'obligation de participer à la construction du procès,

⁹⁴⁷ A cet égard voy. la jurisprudence internationale des droits de l'homme, en particulier C.E.D.H., *Saunders c. Royaume-Uni*, 29 novembre 1996.

contribuant, par sa propre incrimination, à la production d'éléments de preuve à charge⁹⁴⁸. Dans cette perspective, les deux espèces font partie d'une famille unique, à laquelle participe également le droit au silence, dans la mesure où, toujours en syntonie avec le droit au non renversement de la charge de la preuve, la personne faisant l'objet de la poursuite peut, si elle le souhaite, adopter un rôle passif au sein de la procédure. Mais le droit au silence implique une inactivité presque totale de la personne, alors que le droit de ne pas être obligé de témoigner contre soi-même laisse le sujet libre de témoigner en sa faveur et de faire à tout moment des déclarations écrites ou orales visant à se disculper ; de même, le droit au silence ne coïncide pas non plus avec le droit de ne pas s'avouer coupable, qui permet à la personne de se proclamer innocente⁹⁴⁹. Donc le droit à ne pas être obligé de témoigner contre soi-même et de ne pas s'avouer coupable n'excluent pas un rôle dynamique. En particulier, le droit à ne pas s'incriminer implique une inaction relative, dans la mesure où il s'agit d'une abstention limitée à l'admission des responsabilités, un droit dont la personne peut se prévaloir aussi bien avant que durant le procès.

En revanche, comme pour le témoignage auto-accusatoire, l'aveu, étant une admission de culpabilité, n'assure pas que son auteur soit également l'auteur du crime et que le récit soit véridique⁹⁵⁰. En outre, au-delà des cas de négociations entre les parties – que nous avons déjà analysées –, l'aveu peut masquer des raisons qui ne sont pas toujours révélatrices d'un sentiment authentique de discernement, d'autant plus qu'il peut être mensonger. Pour cela la justice s'en méfie et pose des conditions d'admissibilité. Par ailleurs, puisqu'elle n'est pas obligée d'avouer, il n'est pas demandé de discernement à la personne suspectée ou accusée. En effet, la non-obligation démontre que l'aveu a une force probante limitée, qui n'élimine pas une vérification de la part de l'enquêteur ou du juge, parce que la véracité du récit ne découle pas de la simple admission des responsabilités, qu'elle soit manifestée en forme verbale ou écrite. Pour cela, l'aveu doit rester facultatif, un caractère qui ne le rend donc pas incontournable pour établir la responsabilité pénale.

Comme on l'a vu à propos du plaidoyer de culpabilité, une fois choisi, l'aveu doit être crédible et surtout libre de tout vice de la volonté, pour ne pas donner lieu à des erreurs judiciaires. Mais la crédibilité de l'aveu est elle-même facultative, les enquêteurs ou les juges n'étant pas obligés de faire confiance en l'aveu, qu'importe qu'il soit authentique, sincère, désintéressé ou non. Puisque son caractère n'est pas absolu et qu'il n'est pas irrévocable, l'aveu n'arrêtera pas la

⁹⁴⁸ S. GUINCHARD/J. BUISSON, *Procédure pénale*, Seconde Edition Litec-Groupe LexisNexis, Paris, 2002, pp. 412-413. D. ROETS, « Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme », *A.J.P.* (2008), n°3, p. 119.

⁹⁴⁹ J. HEINE (dir.), *Fair Trial Manual*, Second edition, Amnesty International Publication, 2014, London, pp. 129-130.

⁹⁵⁰ D. CARPONI SCHITTAR, *La menzogna nel processo. Non dire falsa testimonianza*, Giuffrè Editore, pp. 141-155.

recherche de la vérité, n'étant pas le cœur de l'architecture probatoire du procès. Du point de vue de la défense, la garantie liée à la non-obligation de l'aveu, tout comme le droit à ne pas s'incriminer, s'appuient sur la présomption d'innocence, alors que, du point de vue de l'accusation ou des juges, elle se fonde surtout sur la faiblesse du caractère probatoire aussi bien de l'aveu que du témoignage auto-accusatoire.

ii. Les limites statutaires de la garantie contre toute auto-incrimination

La doctrine a justement souligné la portée limitée de la disposition de l'art. 55(1)(a). Bien que l'ampleur de la protection assurée inclue le suspect et le témoin, alors que le P.I.D.C.P. indique formellement comme titulaire uniquement l'accusé⁹⁵¹, néanmoins l'article 55 ne prévoit pas que la personne concernée – qui n'est pas encore formellement suspectée – soit prévenue, avant son audition, des conséquences dérivant de toute éventuelle déclaration engageant sa responsabilité⁹⁵². En effet, selon la doctrine citée, il s'agit d'un recul par rapport à la formulation qui avait été adoptée en 1994 par la C.D.I., qui prévoyait cet « avertissement ». En revanche, nous soutenons ici que, bien que la remarque soit compréhensible, la différence entre la formulation proposée par la C.D.I. et l'art. 55(1)(a) ne doit pas forcément être lue en termes négatifs, dans la mesure où la première indique comme destinataire de la garantie « *toute personne soupçonnée d'un crime [...] avant d'être interrogée [...]* »⁹⁵³, alors que l'art. 55(1)(a) fait référence de manière plus générale à la « *personne* » dans le cadre d'une « *enquête ouverte en vertu du présent Statut* », ce qui indique l'ampleur de la garantie statutaire, laquelle protège aussi bien le témoin que toute personne n'ayant pas encore acquis le statut de suspect.

Dans la même perspective énoncée, le paragraphe 1(a) de l'article cité ne mentionne pas non plus l'interrogatoire – qui par contre est évoqué expressément dans d'autres paragraphes du même article ; selon nous, cette circonstance étend ultérieurement la protection à toute situation placée au dehors du cadre d'une audition formelle, par rapport à laquelle, en revanche, la pratique la plus correcte impose que la personne qui est en train d'être interrogée soit préalablement informée des conséquences de ses déclarations auto-accusatoires, aussi bien volontaires, comme dans le cas de

⁹⁵¹ P.I.D.C.P., art. 14(3)(g).

⁹⁵² Ici la doctrine fait la comparaison entre la disposition du Statut de la C.P.I. et l'art. 15(b) du Statut du T.S.L. « [...] *Le droit de garder le silence, sans que ce silence soit pris en considération pour la détermination de sa culpabilité ou de son innocence, et d'être prévenu que toute déclaration de sa part est enregistrée et peut être utilisée comme élément de preuve ;* », où la disposition statutaire fait également référence à l'enregistrement des déclarations de la personne interrogée ; voy. A.-A. MBAYE/S.-S. SHOMANESH, « Art. 55. Droits des personnes dans le cadre d'une enquête », in J. FERNANDEZ/X. PACREAU (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article, op. cit.*, pp. 1263-1264.

⁹⁵³ La référence est à l'art. 26(6)(b) contenu dans le Rapport de la Commission de droit international à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-sixième session, Doc. A/49/10, *Annuaire de la CPI*, vol. II-2, A/CN.4/SER.A/1994/Add.1 (Part 2), p. 49.

l'aveu de culpabilité, qu'imposées par la contrainte. De ce point de vue, l'ampleur de la protection est donc élargie et cela explique la bipartition de l'article en deux paragraphes, l'un consacré à la personne qui revêt officiellement le statut de suspect et l'autre réservé à la personne qui, à n'importe quel titre, est touchée par l'enquête et est néanmoins protégée par les mêmes garanties assurées à la personne suspectée.

Toutefois, par rapport à la garantie contre l'auto-incrimination, il y a une différence entre le témoin et le suspect, le droit du témoin étant limité à la partie du récit susceptible d'engendrer sa responsabilité pénale, étant donné le devoir de témoigner qui incombe à tout témoin, alors que le droit du suspect contre l'auto-incrimination peut aller jusqu'à couvrir tout le champ du récit et concerner donc l'audition toute entière. Pour donner un exemple, lorsque le suspect exclut totalement son implication dans les faits (par exemple lorsqu'il soutient qu'il n'était pas sur le lieu du crime) et pas seulement dans le crime (par exemple quand il admet qu'il était sur le lieu du crime, mais affirme également qu'il n'a pas commis le crime), le droit du suspect d'omettre des déclarations auto-accusatoires peut se transformer en droit au silence tout court. En réalité, la différence est très subtile dans cette phase où, en manque de suspect officiel, le témoin peut être un suspect *in pectore*. Il en ressort que cette garantie, comme il est confirmé par la jurisprudence pénale internationale⁹⁵⁴, est davantage renforcée pour le suspect que pour le témoin, du fait de l'obligation de celui-ci de témoigner.

Par ailleurs, il faut reconnaître à la C.P.I. l'effort de faire bénéficier le témoin d'une protection plus étendue du simple droit contre l'auto-incrimination, surtout au moment où, au cours de son récit, il risque de voir transformer son statut de simple témoin en suspect ou même en accusé, au cas où la déposition se déroule au prétoire. Dans ce cas, la différence entre témoin et suspect potentiel n'existe plus et la garantie procédurale consiste en la suspension de l'audition et, conformément à l'art. 74(10), en la désignation d'un avocat pour le témoin, qui entre-temps est devenu suspect. Toutefois, dans cette jurisprudence la Cour fait référence à des phases plus avancées de la procédure, dans la mesure où elle prend en considération la phase où il y a déjà un suspect officiel, celle à laquelle fait référence le paragraphe 2 de l'art. 55, et la phase du procès proprement dit devant la Chambre de première instance⁹⁵⁵. En revanche, nous nous permettons de

⁹⁵⁴ T.P.I.Y., Trial Chamber, *The Prosecutor v. Jadranko Prlic, Bruno Stojic, Slobodan Praljak, Milivoj Petkovic, Valentin Coric, Berislav Pusic*, The Decision on the Admission into Evidence of Slobodan Praljak's Evidence in the Case of Naletelic and Martinovic, 5 September 2007, IT-04-74-T, §§ 15-16.

⁹⁵⁵ C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre de première instance, 28 janvier 2009, ICC-01/04-01/06-T-110-Red-FRA CT WT, p. 3 et s.

souligner que la garantie prévue par l'art. 55(1)(a) est limitée à une phase encore prodromique de la procédure.

b. La délimitation entre le droit à se disculper et le « droit au mensonge »

i. Le droit du prévenu de ne pas être obligé à dire la vérité

Dans le cadre du droit de ne pas être obligé de témoigner contre soi-même, il faut considérer également le droit à ne pas être forcé de témoigner en sa propre faveur ou même le droit à donner une version qui pourrait ne pas correspondre à la réalité des faits. En effet, toujours en vertu du non-renversement du fardeau de la preuve, la personne ne peut être contrainte à apporter ni des preuves à charge ni à décharge et seule une erreur de la défense pour faire verser au dossier des preuves défavorables qui n'ont rien à voir avec la volonté d'avouer coupable, peut provoquer un préjudice parfois irréparable. Or, le mensonge pour se disculper implique l'usage d'arguments faux, à savoir d'éléments de preuves faux, mais limitativement aux déclarations de la personne. Autrement dit, la personne – qu'elle soit accusée ou simplement suspectée - ne peut jamais produire des documents falsifiés ni présenter des témoins subornés, sous peine d'être accusée d'atteinte à l'administration de la justice et soumise à une deuxième procédure devant la Cour⁹⁵⁶ ; par contre, elle peut « falsifier » son récit oral ou écrit, mais dans les limites d'une version non susceptible de vexer l'auditoire par son caractère manifestement invraisemblable. Une autre condition pour le mensonge est que la paternité du récit soit imputable uniquement à son auteur, qui peut le présenter personnellement ou par le biais de son avocat. En effet, si l'on peut parler d'un « droit au mensonge » est parce que le mensonge est admissible uniquement en ce qui concerne les déclarations et les reconstructions imputables à l'auteur du récit et pas à autrui, ce qui impliquerait la responsabilité pour faux témoignage et parjure. Le suspect ou l'accusé sont donc disculpés pour leur mensonge, pour cela on peut parler – toujours dans le respect des limitations énoncées - d'un droit au mensonge⁹⁵⁷.

ii. Le mensonge comme vérité autre

Le droit au mensonge ne coïncide pas avec le droit à une stratégie défensive fausse. En effet, il faut toujours considérer que dans un procès plusieurs vérités coexistent, chacune propre à chaque partie. Le conseil de la défense est certainement excusé pour sa reconstruction des faits « partisane » et non impartiale. Dans la même perspective, le mensonge ne coïncide pas avec la liberté de présenter une vérité totalement différente, et c'est là où l'habileté professionnelle du

⁹⁵⁶ Voy. C.P.I., art. 70 et règle 162.

⁹⁵⁷ F. SAINT-PIERRE, « L'avocat et le mensonge », *A.J.P.*, n° 3, 2008, p. 116.

conseil se mesure⁹⁵⁸. En effet, il y a une limite subtile entre le mensonge et la possibilité – toujours admissible – de donner une interprétation des faits autre par rapport à celle qui émerge des débats, en vertu du fait que la version de la défense doit contraster avec la version de l'accusation. Dans ce cas donc le mensonge n'est pas un mensonge proprement dit, puisqu'il se présente en fait comme une deuxième vérité⁹⁵⁹.

La réalité judiciaire sortant des débats peut présenter plusieurs vérités, comme il y a plusieurs parties participant à la procédure devant la C.P.I., chacune étant engagée à faire valoir sa propre vérité. De plus, puisqu'il s'agit d'une vérité subjective, à savoir la vérité selon le point de vue de la défense, ce qui est indiqué comme mensonge ne coïncide pas forcément avec la tromperie et donc avec l'offense à la Cour. Suite à l'acquittement de Bemba devant la Cour, il a été découvert la mise en place d'une stratégie qui, en fait, s'appuyait sur des éléments de preuve complètement falsifiés, ce qui a produit le procès Bemba *bis* contre Bemba, son conseil et un enquêteur⁹⁶⁰. Mais souvent ni le « menteur » ni son avocat ont conscience de la dissimulation de la vérité qu'ils présentent, c'est tout simplement leur propre vérité qui se bat contre la vérité du Procureur. D'ailleurs, selon L. Pirandello, la vérité se trouve dans ce que chacun voit, « *io sono colei che mi si crede !* »⁹⁶¹. En établissant la vérité judiciaire, l'appréciation du juge établira où le mensonge se trouve, c'est-à-dire dans quelle partie se situe la vérité incorrecte, telle qu'elle est démontrée par l'arsenal probatoire versé au dossier et que dérive de la logique de l'opposition des arguments.

Toutefois, le mensonge n'est pas le seul outil ni un outil forcément efficace pour se disculper. Cela est démontré par le fait que les charges retenues peuvent être refusées – ce qui par ailleurs n'est pas obligatoire – en démentant simplement le bien-fondé des arguments du Procureur, sans apporter d'autres moyens probatoires ni d'arguments contraires. Dans la même mesure, une reconstruction différente des faits, une réinterprétation et une utilisation contraire des arguments de l'accusation n'est pas toujours nécessaire pour la démonstration de l'innocence. Il suffit parfois de laisser tomber par inertie les preuves à charge qui sont considérées comme illogiques de par leur propre nature ou qui se révèlent inadmissibles du fait d'un vice procédural (ce qui n'est pas moins

⁹⁵⁸ D. CARPONI SCHITTAR, *La menzogna nel processo. Non dire falsa testimonianza*,. *op. cit.*, pp. 47-53.

⁹⁵⁹ *Ibid.*, pp. 29-46.

⁹⁶⁰ C.P.I., *Le Procureur v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu et Narcisse Arido*, ICC-01/05-01/13, les charges à l'encontre des accusés sont plusieurs atteintes à l'administration de la justice, en particulier : production d'éléments de preuve faux ou falsifiés en connaissance de cause (article 70-1-b du Statut), pour avoir présenté des documents faux ou falsifiés à la Cour et subornation de témoins (article 70-1-c du Statut), pour avoir corrompu des témoins et leur avoir donné des instructions afin qu'ils donnent de faux témoignages dans l'affaire *Le Procureur v. Jean-Pierre Bemba Gombo* ; pour le même crime, voy. également, I.C.C., *Situation in the Republic of Kenya in the case of The Prosecutor v. Walter Osapiri Barasa*, ICC-01/09-01/13.

⁹⁶¹ Traduction: « *je suis celle-là que chacun croit que je sois* », voy. L. Pirandello, *Così è se vi pare*.

grave qu'un mensonge, à savoir d'un vice relatif aux faits, dans la mesure où un vice procédural n'est que la violation d'un droit de l'accusé et donc une menace pour le procès équitable). De fait, le mensonge proprement dit n'est pas le seul ressort, mais plutôt l'*extrema ratio* contre le manque absolu d'arguments à décharge. Le recours au mensonge humilie la défense. Par ailleurs, un conseil consciencieux n'incite pas l'accusé à mentir.

2. Art. 55 (1) (c) : le droit à bénéficier gratuitement de l'aide d'un interprète compétent et de toutes traductions nécessaires à l'équité

Lorsque la personne concernée par une enquête entre en contact pour la première fois avec les autorités et est écoutée, elle a le droit de prendre connaissance exactement de la situation judiciaire dans laquelle elle se trouve et d'avoir l'assurance que toute communication reçue par les investigateurs soit correctement entendue par elle et *vice versa* que ses communications aux autorités correspondent à ses vœux. Le problème se pose particulièrement quand la personne ne parle pas la langue utilisée par les enquêteurs. A cet égard, le Statut de Rome se préoccupe d'assurer l'équité déjà dans une phase extérieure au procès, prescrivant le respect du droit d'être interrogé dans une langue que la personne comprend et parle parfaitement et, en cas contraire, d'avoir à sa disposition un interprète et un service de traduction⁹⁶²(b). Il s'agit d'une garantie procédurale présentant plusieurs aspects particuliers qui sont fusionnés au sein d'un droit unique plus général: le droit à l'aide linguistique (a).

a. Le droit à l'aide linguistique

i. Le droit à la compréhensibilité

Par l'alinéa 1(c) de l'article 55, qui assure au suspect l'aide linguistique – mais le même droit est commun à l'accusé et reconnu par l'art. 67(1)(f) -, le législateur communautaire offre une garantie très élargie, dans la mesure où le Statut indique génériquement une langue que le suspect « *comprend et parle parfaitement* », afin de ne pas restreindre le champ d'application de la norme aux langues officielles de travail de la Cour - l'anglais et le français - ni à la langue maternelle du suspect⁹⁶³. Toutefois, l'étendue de la garantie n'est pas illimitée et impose une règle générale à la

⁹⁶² *Ibid.*, art. 55 (1)(c).

⁹⁶³ Par ailleurs il pourrait bien se trouver dans la condition de maîtriser plusieurs langues s'il est bilingue ou multilingue. Voy. C.P.I., *Situation en République Démocratique du Congo. Affaire Le Procureur v. Germain Katanga*, Chambre de première instance II, Décision relative à la peine (art. 76 du Statut), 23 mai 2014, ICC-01/04-01/07, § 4, où la Chambre observe que, même si l'accusé « *entend, parle et écrit le français* », « *les parties du jugement – rédigées en langue française – qui présentent un intérêt particulier pour le déroulement de la procédure de fixation de la peine*

défense, car toute demande d'autorisation à utiliser une langue préférée doit être de bonne foi, ne pouvant pas dissimuler l'intention de rendre plus difficile et lourd le travail des juges ni de procrastiner la durée du procès⁹⁶⁴. Certaines demande, en revanche, peuvent être très difficile à réaliser, comme quand la langue parlée par l'accusé n'est pas écrite⁹⁶⁵. La demande présentée par la défense est soumise à l'autorisation de la Présidence, mais rien n'exclue que le Procureur présente une demande analogue. Le critère général pour accueillir la demande d'autorisation sera alors que la langue soit comprise et parlée par la majorité des personnes en cause dans l'affaire dont la Cour est saisie⁹⁶⁶.

Or, la bonne pratique judiciaire suggère une analyse et une vérification au cas par cas de la maîtrise linguistique du sujet, puisqu'il faut s'assurer qu'il comprenne la procédure, un acte tout entier ou son efficacité probatoire pouvant être invalidé lorsqu'il est accompli en violation dudit droit ; à cet égard, il faut reconnaître à la Cour le mérite d'avoir clarifié la portée du droit à la compréhension, dans la mesure où elle a spécifié qu'afin de satisfaire la condition demandée par le Statut et donc établir si la personne comprend et parle parfaitement une langue, il faut tenir compte de sa capacité de la pratiquer «[...] couramment dans une conversation ordinaire, non technique [...]»⁹⁶⁷. Autrement dit, le Statut ne demande pas à la personne une formation juridique spécialisée ni un niveau culturel élevé ni encore moins une capacité oratoire remarquable. En effet, en matière d'aide linguistique, la Cour a remarqué le renforcement de la garantie qui émerge de la règle statutaire, laquelle impose la condition d'une compréhension « parfaite » et non superficielle⁹⁶⁸ de la langue que le suspect ou l'accusé « comprend » et « parle » en même temps, les deux exigences n'étant pas alternatives⁹⁶⁹.

seraient traduites en anglais...».

⁹⁶⁴ A cet égard, la Cour a établi que le délai pour la confirmation des charges commence à partir de la date de la notification de la traduction, I.C.C., *The Prosecutor v. Abu Garda*, Pre-Trial Chamber, Decision on the confirmation of charges, 8 February 2010, ICC-02/05-02/09-243-Red, p. 98.

⁹⁶⁵ I.C.C., *The Prosecutor v. Banda and Jerbo*, Pre-Trial Chamber I, Transcript, 13 July 2010, ICC-02/05-03/09-T-6-ENG, pp- 20-25; C.P.I., *Le Procureur v. Germain Katanga*, Chambre de première instance II, Decision on the interpretation of the court proceedings, 15 Septembre 2009, ICC-01/04-01/07-1473 et [même affaire], Chambre préliminaire, Décision relative à la requête de la Défense concernant les langues, 21 décembre 2007, ICC-01/04-01/07-127-tFRA ; I.C.C., *The Prosecutor v. Bemba*, Transcript, 15 January 2009, ICC-01/05-01/08-T-12-Red-ENG, pp. 140-141 ; I.C.C., *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, cit., Decision on the requests of the defence of 3 and 4 July 2006.

⁹⁶⁶ C.P.I., règle 41.

⁹⁶⁷ C.P.I., *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur v. Germain Katanga*, Arrêt relatif à l'appel formé par Germain Katanga contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Décision relative à la requête de la Défense concernant les langues », 25 mai 2008, ICC-01/04-01/07-522-tFRA.

⁹⁶⁸ Sur cet aspect, voy. R. DI DONANTONIO, *I diritti dell'accusato nello Statuto della Corte penale internazionale*, Pubblicazioni Centro Studi per la Pace, 1999, p. 49.

⁹⁶⁹ En effet, comme la Chambre d'appel le constate, aucun texte sur les droits de l'homme ni les dispositions statutaires des T.P.I. ne parlent d'une langue qu'il/elle « comprend et parle parfaitement » ou, dans la version anglaise « *fully understands and speaks* ». voy. I.C.C., *The Prosecutor v. Germain Katanga*, *ibid.*

L'article 55, qui circonscrit le droit à l'aide linguistique au contexte de la procédure qui précède les débats, souligne l'importance de la compréhension dès le début de l'histoire judiciaire de la personne concernée, ce droit étant une *condicio sine qua non* pour la tenue d'une procédure équitable. De surcroît, le droit persiste dans toutes les phases suivantes, comme il est confirmé par l'art. 67 paragraphe 1(a) et (f) concernant le prétoire. Toutefois, l'importance de l'aide linguistique au moment qui précède le procès est démontrée par les conséquences néfastes que sa violation produirait surtout dans cette phase, dans la mesure où une reconstruction des faits distordue par des incompréhensions linguistiques pourrait transformer la condition de simple suspect de la personne, en lui ouvrant les portes du procès. D'ailleurs, il n'est pas ni automatique ni obligatoire qu'une enquête débouche dans l'ouverture d'un procès contre la personne suspectée, puisque l'enquête à son encontre peut bien être archivée ou sa conclusion peut faire émerger la responsabilité d'autrui.

ii. Les exigences de l'équité

Par rapport aux formules présentées précédemment par la C.D.I., par le Comité préparatoire et par rapport à celle figurant dans les Statuts des T.P.I.⁹⁷⁰, la portée de la disposition statutaire en matière de traductions est certainement plus ample, puisqu'elle ne limite pas cette garantie aux documents sur la base desquels la personne doit être interrogée⁹⁷¹ ; en effet, l'art. 55(1)(c) fait mention de « *toutes traductions que rendent nécessaires les exigences de l'équité* », une formule dont le contenu est repris dans l'art. 67(1)(f) « [...] *nécessaires pour satisfaire aux exigences de l'équité, [...]* ». Or, au-delà de la portée plus ample de l'article, qui est l'expression d'une garantie plus large, le sens littéral de la disposition pourrait apparaître très clair, s'agissant d'un service d'interprétation et de traduction ou, plus brièvement, d'une aide linguistique justifiée par les exigences de l'équité, mais en fait la formulation de l'article 55 peut donner lieu à des ambiguïtés de lecture. En effet, on pourrait comprendre que l'aide linguistique est limitée au cas où les exigences de l'équité le rendent nécessaire et non tout au long de la procédure, alors que, comme on l'a constaté, la procédure doit constamment respecter les critères de l'équité⁹⁷².

⁹⁷⁰ Art. 21 du Statut du T.P.I.Y. et art. 20 du Statut du T.P.I.R.

⁹⁷¹ Cf. Commission de droit international, Quarante-sixième session 2 mai – 22 juillet 1994, Groupe de travail sur le projet de statut pour une cour criminelle internationale, Rapport du Groupe de travail, A/CN.4/L.491/Rev.1, 8 juillet 1994 ; Assemblée Générale, Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, 16 mars-3 avril 1998, Rapport de la réunion intersessions tenue du 19 au 30 janvier 1998 à Zutphen (Pays-Bas), A/AC.249/1998/L.13, 4 février 1998.

⁹⁷² En effet, selon l'opinion du rédacteur de la présente étude, le concept aurait pu être exprimé plus clairement interposant le verbe, à savoir : « *...de l'aide d'un interprète compétent et de toutes traductions que les exigences de l'équité rendent nécessaires...* ». On retient que cette formule aurait rendu moins ambigu le sens de l'article, selon lequel les exigences de l'équité imposent une aide linguistique constituée par la présence d'un interprète et par la disponibilité de traductions.

En outre, de la comparaison du texte français avec le texte anglais, il ressort que l'assistance de l'interprète et les traductions sont traitées conjointement, sans vouloir marquer une vraie distinction d'actions, mais plutôt en tant que résultat l'une – les traductions – de l'autre – l'assistance de l'interprète –, ce qui n'est pas forcément vrai, même lorsque les deux actions sont conduites par la même personne. La version anglaise semble plus claire puisque l'article indique le droit à l'aide linguistique comme nécessaire « *to meet the requirements of fairness* », dans la mesure où il n'y aurait pas d'équité en l'absence d'aide linguistique. En d'autres termes, selon la version anglaise, l'aide linguistique devient une condition pour « rencontrer » l'équité de la procédure, ce qui n'apparaît pas dans la version française où les exigences d'équité s'imposeraient au cas par cas (au moins selon notre lecture). D'autre part, en ce qui concerne le droit aux traductions, cette limitation interprétative devrait être lue à la lumière des ressources financières – très loin d'être illimitées – dont la Cour dispose et par conséquent, tenant compte de la nécessité d'éviter la traduction de tous les documents qui composent le dossier. En effet, il faut concilier le *budget* de la Cour avec un droit qui doit refléter les standards de garantie consolidés dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme. Il s'agit de standards très amples, établis pour assurer l'équité procédurale aussi bien au suspect qu'à l'accusé et qui comprennent « [...] *tout acte de la procédure engagé contre lui dont il faut [...]* »⁹⁷³. A cet égard, le R.P.P. prescrit la traduction des décisions les plus importantes, qui d'ailleurs sont déjà très nombreuses⁹⁷⁴.

b. Un droit à caractère multiple : le droit à la gratuité et à la qualité de l'aide linguistique

L'énumération *sic et simpliciter* des droits ne doit pas faire penser qu'ils se caractérisent par une structure toujours simple, certains présentant un caractère plus complexe. La complexité de certaines garanties procédurales peut être mesurée par la possibilité d'envisager un remède ou une réparation en tout cas de violation du droit concerné. Or, le droit à l'assistance gratuite d'un interprète compétent donne un exemple de cette complexité. En effet, selon l'art. 55(1)(c), la défense doit « ...*bénéficier gratuitement [...] de l'aide d'un interprète compétent...* », il ne suffit donc pas que le service de traduction soit offert gratuitement, mais il faut également que la qualité du service soit garantie par la compétence du professionnel engagé. Il s'agit d'un droit que nous définissons comme étant « à caractère multiple », à savoir d'un droit principal représenté par le droit de disposer d'un interprète – lorsque l'accusé ne parle aucune des langues de travail de la Cour – qui se compose de plusieurs éléments qu'on pourra définir comme des « sous-droits », dans la

⁹⁷³ C.E.D.H., *Kamasinski c. Autriche*, 19 décembre 1989.

⁹⁷⁴ C.P.I., règle 40.

mesure où ils ne sont pas autonomes par rapport au droit principal d'être assisté par un interprète. Les « sous-droits » sont donc le droit à un service de traduction gratuit et le droit à un interprète compétent, une qualité qui par ailleurs n'appartient pas à tous les interprètes.

Or, la violation de cette disposition peut avoir des conséquences différentes, selon la violation, puisque l'absence absolue d'un interprète prive l'accusé de son droit de comprendre pleinement les charges et de suivre le procès. Il est évident qu'une telle violation ne peut qu'invalider la procédure toute entière⁹⁷⁵. En revanche, les conséquences ne sont plus si évidentes et importantes au cas où la violation concerne la gratuité du service ou la compétence de l'interprète. Autrement dit, le fait que l'accusé ait payé personnellement les frais du service d'interprétation n'aurait aucune influence sur la validité d'un service rendu correctement, en vertu du fait que l'accusé aura pu comprendre et suivre parfaitement le procès grâce à un service d'interprétation ou traduction payant, donc malgré la violation de la prescription de la gratuité, puisque ce qui compte est de respecter la *ratio* du droit : permettre la compréhension. Dans ce cas, en outre, la violation pourrait toujours être réparée, par hypothèse, à travers le remboursement des dépenses soutenues par l'accusé.

On peut argumenter de façon analogue à propos de la compétence demandée à l'interprète, une qualité qui peut être reconnue par les juges mais non par l'accusé, selon une perception différente des qualités professionnelles de l'interprète désigné par la Cour. En effet, les juges peuvent ne pas être d'accord avec la contestation de la défense s'appuyant sur l'incompétence présumée de l'interprète, par conséquent ils pourront rejeter la demande de substitution ou d'invalidation des actes traduits, en retenant la contestation dépourvue de fondement. En l'espèce, la contestation de la violation pourrait bien être considérée un faux prétexte surtout lorsque l'interprète présente des attestations et des références prouvant sa compétence. Une autre hypothèse est celle de l'interprète qui, malgré sa compétence reconnue, a rendu un service mauvais pour d'autres raisons conjoncturelles. Dans ce cas, suite à un appel interlocutoire, le remède pourrait être la substitution de l'interprète ou le renouvellement des actes viciés par la violation du sous-droit dérivant du mauvais service⁹⁷⁶.

⁹⁷⁵ C.P.I., *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur v. Germain Katanga*, Arrêt relatif à l'appel formé par Germain Katanga contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Décision relative à la requête de la Défense concernant les langues », cit., § 36, où la Chambre d'appel, faisant référence à la décision appelée, attribue un standard plus élevé de garantie que celui indiqué par la Chambre de première instance, « [...] the standard that was adopted in Rome was of a language the accused fully understands and speaks so as to guarantee the requirements of fairness ».

⁹⁷⁶ C.P.I., *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur v. Germain Katanga*, Arrêt relatif à l'appel formé par Germain Katanga contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Décision relative à la requête de

Les exemples donnés font comprendre que les conséquences sont différentes selon la violation commise et que toutes les violations des droits de la défense ne donnent pas lieu à l'invalidation du procès tout entier. Il est possible que des remèdes soient prévus pour préserver et assurer la validité du procès, mais il est également possible que le procès soit invalidé limitativement à la partie affectée par la violation et que cette partie soit renouvelée. Il serait abstraitement possible également de demander l'invalidation du procès tout entier lorsque la violation est grave et qu'elle a entraîné ou est susceptible d'entraîner des conséquences graves et irréparables pour l'accusé. De plus, la violation pourrait ne pas être si évidente pour les juges et, par conséquent, il faudra qu'une instance supérieure, telle que la Chambre d'appel, se prononce pour établir l'importance de la violation⁹⁷⁷. Il est évident qu'en revanche, la violation d'un principe général, tel que la présomption d'innocence, se révèle moins controversée et moins fréquente et qu'une fois reconnue, elle affectera la procédure toute entière.

Toutefois, la différence substantielle entre la violation d'un principe attaché à la défense et la violation d'une garantie procédurale de la défense ne doit pas faire penser que les droits de la défense sont destinataires d'une protection plus faible, compte tenu de l'avancement juridique qui a conduit à la pénétration des droits de l'homme au sein du procès pénal international. Face à une œuvre d'interprétation et d'application jurisprudentielle encore au stade initial, ce qui nous intéresse ici est de comprendre plutôt dans quelle mesure la protection formelle offerte par le Statut est suffisante à garantir les droits procéduraux tout au long de la procédure devant la Cour. Ce qui émerge par l'analyse de l'aide linguistique est que la réglementation de la Cour ne couvre pas toutes les situations qui pourraient se vérifier par rapport à un droit de la défense à caractère multiple et que, par conséquent, la jurisprudence acquerra une place importante dans l'œuvre de complément et de perfectionnement du régime de protection de ces droits.

B. Les garanties relatives à l'intégrité et à la liberté personnelle du suspect

la Défense concernant les langues », *ibid.*

⁹⁷⁷ Dans le cas des juridictions nationales, la Cour européenne des droits de l'homme intervient quand toutes les juridictions disponibles au niveau national se sont prononcées sur la violation prétendue. Il s'en suit que toutes les juridictions nationales de différents niveaux peuvent contester la présence de la violation et qu'il faut aller jusqu'à la Cour de Strasbourg pour l'affirmation d'un principe garanti par l'art. 6 de la Convention, qui demande donc une interprétation. Dans l'exemple susmentionné, la Chambre d'appel serait saisie pour se prononcer sur la question si le non-respect de la gratuité du service d'interprétation entraîne le droit à l'assistance d'un interprète tout court au point d'invalidier le procès tout entier.

L'intégrité physique et morale de la personne soumise à une poursuite de la C.P.I. est protégée par le Statut, qui dans cet esprit interdit la torture et toute peine ou traitement inhumain et dégradant (1). Le Statut de Rome fait intervenir ce droit lorsque la personne est sous le contrôle de l'autorité de la C.P.I. et surtout lorsqu'elle est en détention, puisque c'est à partir de ce moment que la personne se trouve dans une situation qui limite énormément sa liberté. C'est dans cette condition de vulnérabilité où la capacité de réagir de la personne est très réduite, que la restriction de la liberté personnelle ne peut être ni arbitraire ni illégale, mais doit se conformer aux cas et aux modalités établies par le Statut (2).

1. L'art. 55 (1)(b): le droit de ne pas être soumis à aucune forme de coercition, de contrainte ou de menace, ni à la torture ni à aucune autre forme de peine ou traitement cruel, inhumain ou dégradant

Le respect prioritaire de la dignité humaine est prioritaire et prédominant dans le Statut de Rome, c'est pourquoi il protège l'intégrité physique et morale de toute personne faisant l'objet d'une enquête devant la Cour (a). La pratique pénale internationale a donné à la défense des remèdes parfois extrêmes contre les abus les plus graves à l'encontre de la personne sous le contrôle de la juridiction, qui peuvent porter à demander l'annulation de la procédure toute entière (b).

a. Le droit général à l'intégrité physique et morale

i. Les actes de torture

La torture est « *un traitement ayant pour but d'obtenir des informations ou des aveux ou d'infliger une peine et c'est généralement une forme aggravée de traitement inhumain* »⁹⁷⁸. Le droit à faire respecter l'intégrité physique et morale d'une personne est un droit absolu, qui fait partie du noyau dur des droits de l'homme⁹⁷⁹, pour cela il n'admet pas d'application du critère de

⁹⁷⁸ Définition de la Comm. E.D.H., Rapp. 5 novembre 1969 : *Ann. Conv. XII*, p. 187, qui a servi comme base pour la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée par l'A.G. des N.U. le 10 décembre 1984, « *tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la force publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite* ».

⁹⁷⁹ Voy. l'art. 5 de la D.U.D.H., l'art. 7 du P.I.D.C.P. et l'art. 3 de la C.E.D.H.. En particulier, P.I.D.C.P., art. 7 : « *Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants...* » ; voy. également la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984).

proportionnalité ni aucune exception, étant parmi les valeurs fondamentales de toute société démocratique⁹⁸⁰. L'interdiction statutaire de la torture comme pratique de témoignage ou de peine confirme la prévenance des Etats Parties pour le respect de la dignité de la personne humaine, surtout si l'on compare cette interdiction avec le manque d'une disposition formelle analogue dans les documents fondateurs d'autres instances pénales internationales et hybrides. Trois éléments contribuent à la réalisation de la torture : le caractère délibéré de l'acte, un objet déterminé et le résultat. Autrement dit, l'acte de violence doit être volontaire, viser à recueillir des informations et aboutir dans des souffrances dont le degré de cruauté et intensité est très important⁹⁸¹. Les sévices peuvent être corporels ou moraux, même si les violences physiques, notamment les abus à caractère sexuels, impliquent toujours des perturbations mentales souvent permanentes.

Or, la formulation de l'art. 55 (1)(b) ne fait que se conformer aux textes fondamentaux sur la protection des droits de l'homme. Dans ces documents, le seuil de gravité distinguant l'acte de torture du traitement inhumain et dégradant est plutôt incertain, tout comme la coercition, la contrainte et la menace, des conditions qui varient selon les circonstances et qui dépendent d'une série de facteurs tels que les conditions de santé et l'âge de la personne, la durée du traitement et tout autre facteur susceptible de produire des effets dans la perception de l'acte de la part de qui le subit⁹⁸². En outre, le seuil de gravité change selon les circonstances concrètes et l'histoire d'une société, une action qui auparavant était considérée comme un acte inhumain et dégradant ou comme une action de coercition de la volonté pouvant à un moment donné être classifiée comme torture⁹⁸³.

Il faut remarquer que le contexte international dans lequel la C.P.I. exerce sa juridiction reflète la perception rigoureuse du respect de la dignité humaine propre à l'ensemble des démocraties signataires du Statut de Rome. Dans cette perspective, on peut déduire que le seuil de gravité à partir duquel un acte peut être perçu comme un acte de torture doit se maintenir très bas. Il incombe donc à la Cour l'obligation d'adopter toute mesure propre à éviter que des actes de violence physique et morale s'accomplissent lorsque la personne est placée sous sa juridiction, surtout si elle est *in vinculis*, car sa capacité de réaction est plus limitée. En effet, en matière de torture, puisque la restriction de la liberté avant procès est largement pratiquée au sein de la justice

⁹⁸⁰ C.E.D.H., *Sering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A, n° 161 : Berger, n° 13.

⁹⁸¹ La jurisprudence de la C.E.D.H. a envisagé cinq techniques utilisées pour arracher des aveux, dénonciations ou renseignements, telles que : l'encapuchonnement, l'exposition à un sifflement strident et continu, la privation de sommeil, la privation d'alimentation, le station debout dans une situation pénible, autrement dite *stress position*, C.E.D.H., *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, série A., n° 25, § 239.

⁹⁸² Voy. P. LAMBERT, *Dignité humaine et interrogatoires musclés de la police*, R.T.D.H. (2000), p. 138.

⁹⁸³ C.E.D.H., 7 juin 2001, aff. *Papon c. France* : D. 2001 ; B. MAURER, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation française-CERIC, Paris, 1999, p. 67.

pénale internationale, une attention et une vigilance particulières doivent être données aux conditions de la détention, puisque les personnes privées de la liberté doivent faire l'objet d'une protection renforcée. A cet égard, la jurisprudence européenne a établi une inversion de la charge de la preuve, attribuant à l'autorité judiciaire la tâche de rapporter la preuve que les accusations concernant le mauvais traitement sont infondées⁹⁸⁴.

ii. Les maltraitances de moindre gravité

Au-delà de la torture, le Statut de Rome se préoccupe de protéger la personne soumise à une procédure contre toute forme de souffrance grave tombant sous l'autorité de la Cour. La souffrance qui fait l'objet de cette interdiction s'inscrit dans un contexte institutionnellement organisé, qui engendre la responsabilité directe des autorités auxquelles elle est imputable. Il peut s'agir de l'application d'une peine injuste ou du fait d'autoriser formellement ou même de tolérer tacitement certaines pratiques violentes. La coercition, la contrainte et la menace, mais également le traitement et la peine inhumaine et dégradante - dont le caractère n'est ni involontaire ni casuel - sont tous des comportements expressément interdits par le Statut de Rome, du fait de leur capacité de provoquer des souffrances mentales ou physiques graves et cruelles, dont l'intensité peut être graduelle. Au-delà de la détention comme mesure de prévention ou comme peine, aucun traitement afflictif grave n'est donc permis. Or, l'art. 55(1)(b) protège le suspect et cette protection s'étend à toute situation présentant ledit caractère, en outre la protection continue par la suite à maintenir son efficacité envers l'accusé.

Mais la maltraitance qui ne relève pas de la Cour va au-delà de la protection statutaire. En général, le mauvais traitement dérivant des agissements illégaux de particuliers ou de personnes qui n'opèrent pas dans un cadre juridiquement organisé, dont le comportement est donc détaché de toute politique ou réglementation imposée, rend les acteurs exclusivement et directement responsables pour leur actions ou omissions, dans la mesure où celles-ci échappent tout contrôle et prévisibilité de la part de l'autorité. Toutefois, la responsabilité de l'autorité peut exister de manière indirecte pour les actes violents accomplis par le personnel soumis à son contrôle et agissant non uniquement en force des fonctions attribuées mais plus simplement dans le cadre de ces fonctions, pourvu que cela soit de manière contraire à celles-ci⁹⁸⁵. Dans cette perspective, tout traitement inhumain et dégradant est, en vertu de l'effet horizontal, interdit aux personnels de la Cour, lorsque

⁹⁸⁴ C.E.D.H., *Bakbak c. Turquie.*, req. n° 39812/98, 1^{er} juillet 2004.

⁹⁸⁵ Selon la jurisprudence de la C.E.D.H., la responsabilité de l'autorité judiciaire est engendrée également quand l'atteinte à la dignité émane de la part d'individus qui ne relèvent pas de la fonction publique, la raison du fait que l'autorité publique n'a pas été capable d'assurer une protection appropriée. On parle de l'effet horizontal de l'obligation positive qui incombe à l'autorité publique.

la personne est placée sous l'autorité de celle-là – par exemple pendant la garde à vue -, car cet acte outrepasserait le pouvoir que la Cour assigne à son personnel. Dans le cadre de cette protection, il faut considérer particulièrement la phase de l'enquête tout court et en particulier, le moment de l'interrogatoire – une phase qui (malheureusement !) se prête à l'usage de la menace et de la contrainte pour obtenir plus d'informations ou provoquer l'aveu du suspect -, pour cela la conduite des enquêteurs qui opèrent sous la direction du Procureur sera mise en cause si elle dépasse les limites imposées par la règle statutaire et par l'éthique professionnelle⁹⁸⁶.

Il existe un seuil de gravité en dessous duquel il faut se maintenir afin de ne pas provoquer des souffrances physiques et morales injustes. Autrement dit, il est nécessaire que le mauvais traitement, afin d'être considéré inacceptable et interdit, ait atteint un minimum de gravité. Naturellement, le minimum de gravité est plus bas pour la peine ou le traitement dégradant qu'inhumain. En effet, le niveau du seuil de gravité détermine la limite distinguant le traitement inhumain du traitement dégradant, où l'humiliation et l'avilissement se situent à un niveau particulier qui néanmoins reste au-dessous du seuil de gravité propre au traitement inhumain. En d'autres mots, selon la jurisprudence européenne, le traitement dégradant doit humilier l'individu grossièrement devant autrui ou doit le pousser à agir contre sa volonté ou conscience ou doit faire sentir la victime atteinte dans son honneur et humiliée à ses propres yeux⁹⁸⁷. Selon la jurisprudence sur les droits de l'homme, la peine acquiert un caractère dégradant lorsque l'humiliation et l'avilissement se situent à un niveau dépassant « *l'élément habituel d'humiliation inhérent à chaque peine* »⁹⁸⁸. Les situations de coercition, contrainte et menace s'encadrent dans cette graduation du seuil de gravité, se plaçant cependant au bas de l'échelle de gravité.

Comme pour la torture, l'appréciation de ce minimum de gravité peut dépendre d'une série de facteurs subjectifs, comme les conditions personnelles de la victime (en particulier les effets physiques et mentaux produits, qui peuvent varier selon l'âge, le sexe ou l'état de santé de la victime) ou objectifs, comme la nature et le contexte du traitement (par exemple la durée, le lieu ou les modalités d'exécution)⁹⁸⁹. Comme critère général, dans les cas mentionnés, l'usage de la force, de moyens de contrainte ou l'imposition d'une peine ne doivent pas se révéler très avilissants et

⁹⁸⁶ J. HEINE (dir.), *Fair Trial Manual*, Second edition, *op. cit.*, pp. 132-137.

⁹⁸⁷ C.E.D.H., *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1999.

⁹⁸⁸ C.E.D.H., *Costello-Roberts c. Royaume-Uni*, 25 mars 1993, série A, n° 247-C : Berger, n° 15.

⁹⁸⁸ C.E.D.H., *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, série A, n° 26 : Berger, n° 14 et Comm. E.D.H., *Renner c. RFA* : DR 82/117, req. n° 25096/94, 6 septembre 1995.

⁹⁸⁹ *Ibid.*, 7 juillet 1989, aff. *Særing c. Royaume-Uni*, C.E.D.H., 18 janvier 1978, aff. *Irlande c. Royaume-Uni*, série A, n° 25 : Berger, n° 11. A cet égard, voy R. PELLOUX, *L'affaire irlandaise et l'affaire Tyrer devant la Cour européenne des droits de l'homme* : A.F.D.I. (1978), pp. 379-402.

disproportionnés⁹⁹⁰. Mais, en l'absence d'indications plus précises de la règle statutaire à cet égard, il est évident que le seuil de gravité minimale doit être établi au cas par cas par le juge. Il s'en suit néanmoins qu'une conduite régulière peut devenir dégradante selon la marge d'appréciation du seuil de gravité qui sera appliquée aux circonstances particulières. La C.P.I., se conformant au droit international des droits de l'homme, inflige les peines prévues de manière stricte et les fait exécuter selon les mêmes critères. D'ailleurs le recours à des peines contraires à l'art. 3 de la C.E.D.H. n'est « [...] jamais admissible, quels que soient leurs effets dissuasifs »⁹⁹¹.

Les critères qui s'appliquent à la C.P.I. dans l'appréciation des atteintes à l'intégrité de la personne qui font l'objet d'une enquête ne peuvent que découler de l'interprétation que les Cours des droits de l'homme donnent à cette interdiction ; à cet égard, même si le traitement est directement imputable à un individu, il ne doit pas être toléré par l'autorité, car la responsabilité pour le traitement s'étendrait à celle-là du fait de l'effet horizontal de la protection de la dignité de la personne, qui ne peut certainement tolérer aucun acquiescement⁹⁹² ; par conséquent, encore une fois la vigilance doit être maximale sur l'activités des auxiliaires et du personnel de la Cour⁹⁹³. Malgré la flexibilité de l'appréciation, il faudra tenir compte d'un abaissement graduel du seuil de gravité qui a suivi progressivement la jurisprudence de la C.E.D.H., laquelle a statué que l'usage de la force contre un personne privée de la liberté, lorsqu'il n'est pas rendu nécessaire par le propre comportement de la personne, porte atteinte à la dignité humaine et constitue donc une violation de l'art. 3 de la Convention⁹⁹⁴. C'est donc à l'interprétation jurisprudentielle des droits de l'homme que la C.P.I. devra se conformer pour la sauvegarde du droit garanti par l'art. 55 (1)(b), qui protège le suspect au stade initial de l'enquête, mais qui maintient sa validité tout au long de la procédure.

b. L'abus de procédure pour la violation de l'intégrité physique et morale

L'obligation d'adopter des comportements humains envers la personne soumise à une enquête implique donc un respect plus général : celui à la dignité. On a vu que la précaution contre toute offense inhumaine s'applique tout au long de la procédure, dès le début, surtout quand la personne est privée de la liberté personnelle. Dans cette perspective, le respect de l'intégrité

⁹⁹⁰ Comme l'obligation infligée au détenu malade de porter les menottes pendant sont transfert à l'hôpital, voy. *Henaf c. France* *Ibid.*, req. n° 65436/01, 27 novembre 2003.

⁹⁹¹ C.E.D.H., *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, série A, n° 26 : *Berger*, n° 14.

⁹⁹² L'analogie est entre l'art. 3 et l'art. 2 de la C.E.D.H., en ce qui concerne la responsabilité pour la violation du droit à la vie dans le cadre de l'effet horizontal, à savoir des rapports entre particuliers et non entre l'Etat et l'individu, qui indique le rapport vertical de la protection.

⁹⁹³ La Cour a ouvert une poursuite à l'encontre d'un membre du staff chargé accusé d'abus sexuels accomplis envers les victimes dans l'accomplissement de ses fonctions d'auxiliaire de la Cour.

⁹⁹⁴ C.E.D.H., *Baloghi c. Hongrie*, req. n° 47940/99, 20 juillet 2004.

physique et morale de la personne a été souvent associé à la restriction de la liberté de celle-ci, puisque : « Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine »⁹⁹⁵. A cet égard, la violation devient encore plus évidente si ensuite la personne qui a subi l'abus est jugée innocente. Dans l'expérience des T.P.I., les atteintes à la dignité des détenus ont fait évoquer la théorie anglo-saxonne de l'*abuse of process*, utilisée pour la première fois par les juges du T.P.I.R. dans l'arrêt Barayagwiza⁹⁹⁶. Selon ladite théorie, une violation particulièrement grave du droit international des droits de l'homme, des principes généraux du droit pénal et de la procédure pénale internationale peut produire la conséquence extrême de l'interruption de la procédure contre la personne. Il s'agit d'une conséquence qui se justifie par une violation de gravité exceptionnelle, telle que la torture de la personne détenue.

Le recours à l'abus de procédure n'est pas prévu par le Statut de Rome, qui établit la seule réparation pour l'arrestation et la détention illégale⁹⁹⁷. Dans l'affaire Lubanga⁹⁹⁸, en raison de la gravité des violations qui avaient affecté l'accusé pendant sa détention provisoire – en particulier, il s'agissait d'actes de torture que l'accusé avait déclaré avoir subi pendant sa détention –, les juges se sont soumis au devoir de se conformer, parmi les autres sources du droit applicable, aux standards internationaux sur « les droits de l'homme universellement reconnus », comme évoqué par l'art. 21(3)⁹⁹⁹. Toujours dans la même affaire – qui, en tant que première affaire de la Cour, a donné l'occasion d'aborder un certain nombre de problèmes –, une deuxième question avait été soulevée par la défense en ce qui concerne la durée excessive de la détention provisoire, puisque la suspension du procès *sine die* prolongeait indéfiniment la détention en dépit de son caractère provisoire et limité. En effet, les actes de torture comme une durée trop prolongée de la détention

⁹⁹⁵ P.I.D.C.P. art. 10 (1). Il faut noter que la Convention contre la torture et l'art. 7 du P.I.D.C.P. contiennent une prohibition, c'est-à-dire une obligation de non entrave, alors que l'art. 10 du P.I.D.C.P. prescrit une obligation positive de *facere*.

⁹⁹⁶ ICTR-97-19, *Jean-Bosco Barayagwiza v. The Prosecutor*, Appeals Chamber, Decision of 3 November 1999, §§ 101 (on the abuse of process) et 102 (remedies) ; en la matière, voy. également T.P.I.Y., *Le Procureur c. Karadžić*, Chambre d'appel, décision du 12 octobre 2009, IT-95-5/18-PT, § 45 et s.

⁹⁹⁷ C.P.I., art. 85.

⁹⁹⁸ La Cour a abordé le problème dans l'affaire *Lubanga*, pour répondre des actes de torture que l'accusé avait subis lors de son arrestation en République démocratique du Congo, mais dans ce cas la Chambre d'appel a rejeté l'application aussi bien de la doctrine de l'abus de procédure que la doctrine *mala captus bene detentus*. Voy. CPI, *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo*, n° ICC-01/04-01/06, « Décision sur la demande de mise en liberté provisoire de Thomas Lubanga Dyilo », CPI I, 18 octobre 2006, ICC-01/04-01/06-586, confirmée par la Chambre d'appel : « Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled « Décision sur la demande de mise en liberté provisoire de Thomas Lubanga Dyilo », 13 février 2007, ICC.01/04-01/06-824, §§ 85-87. Voy. R. KOLB, *Droit pénal international, op. cit.*, pp. 283-285.

⁹⁹⁹ I.C.C., *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the case of The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Appeal Chamber, Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against of Pre-Trial Chamber I entitled "Second Decision on the Prosecution Requests and Amended Requests for Redactions under Rule 81", 14 December 2006, ICC-01/04-01/06.

provisoire constituent des violations d'une gravité particulière qui pèsent sur la dignité de la personne. En l'espèce, la Chambre de première instance, en reconnaissant les raisons de la défense, avait ordonné la remise en liberté du détenu¹⁰⁰⁰, cependant la décision n'a jamais été exécutée à cause de l'arrêt de la Chambre d'appel l'ayant infirmée¹⁰⁰¹, et de la reprise presque immédiate du procès devant la Chambre de première instance ; cette circonstance a donc permis de continuer à justifier aussi bien la continuation de la procédure que le maintien en détention provisoire¹⁰⁰².

Puisqu'il s'agit d'une mesure extrême, l'abus de procédure est peu appliqué du fait du balancement que les juges font entre deux nécessités : réagir par la justice à l'atrocité des crimes qui frappent la conscience humaine et dont la communauté internationale demande la punition, ou sanctionner une atteinte grave à la dignité individuelle. Entre ces deux exigences, la première prévaut, c'est-à-dire celle demandant que la justice suive son cours, d'autant plus que l'abus de procédure n'est pas la seule mesure possible, puisqu'il y a d'autres remèdes et formes de réparation à appliquer moins radicales et préjudiciables pour l'administration de la justice, comme l'indemnisation, surtout en cas d'acquiescement, ou la réduction de la peine, si la personne est condamnée¹⁰⁰³. S'agissant de violations graves comme un acte de torture, nous contestons cette approche, en rappelant que, selon la jurisprudence de la C.E.D.H., aucune circonstance exceptionnelle ne peut justifier ces actes, les dérogations à l'art. 3 de la Convention n'étant pas permises¹⁰⁰⁴. Sur la base de cette interprétation restrictive, aucun balancement d'intérêts opposés ne pourrait être admis.

2. L'art. 55 (1)(d): le droit à ne pas être arrêté ou détenu arbitrairement

La question de la liberté personnelle est cruciale dans les procédures judiciaires. Le Statut de Rome assure le droit à la liberté personnelle dès la phase de l'enquête, quand la personne est encore simplement suspectée ; pour cela la détention avant l'audience de confirmation des charges est une exception soumise à une série de conditions. Toutefois, l'usage que la justice pénale internationale fait de la détention provisoire paraît contraire aux droits de l'homme. L'abus de cet instrument juridique de contrainte ne fait que violer le droit de l'accusé à participer libre au procès et à être présumé innocent **(a)**. En effet, la détention d'une personne avant son jugement ne peut pas

¹⁰⁰⁰ Voy. C.P.I., Chambre de première instance I, « Décision relative à la remise en liberté de Thomas Lubanga Dyilo », [*même affaire*], 2 juillet 2008.

¹⁰⁰¹ C.P.I., Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le procureur contre la décision de la Chambre de première instance I intitulée [...], [*même affaire*], 21 octobre 2008.

¹⁰⁰² Voy. le communiqué de presse n° ICC-CPI-20081118-PR373.

¹⁰⁰³ H. ASCENSIO/R. MAISON, 2009, *op. cit.*, p. 346 et s.

¹⁰⁰⁴ Aucun état d'exception, de guerre ou d'instabilité politique peut justifier la dérogation, voy. C.E.D.H. art. 15.

représenter la règle¹⁰⁰⁵, car la liberté personnelle de l'accusé au procès est la condition de départ pour faire valoir tous les autres droits, la restriction *in vinculis* devant rester exceptionnelle avant une condamnation faisant autorité de chose jugée et admise uniquement à certaines conditions, en présence de très forts soupçons et pendant une période raisonnable¹⁰⁰⁶. Dans cette perspective, le Statut de Rome prévoit des remèdes visant à réparer tout usage incorrect ou disproportionné de la détention provisoire **(b)**.

a. La restriction de la liberté en l'absence d'une condamnation

i. La protection statutaire contre toute restriction illégale et arbitraire de la liberté

Selon W.A. Schabas, les droits de l'homme s'opposent à la détention carcérale car le principe de la liberté individuelle vise à favoriser la réhabilitation de l'accusé, pour cela « [...] les droits de l'Homme se méfient tout autant de l'arme principale du droit pénal, l'atteinte à la liberté »¹⁰⁰⁷. Dans les principales conventions internationales, la liberté personnelle a la même valeur que le droit à la vie et le droit persiste dans le cadre d'une procédure judiciaire, où un individu ne peut être privé de sa liberté personnelle que suite à un jugement de condamnation à la peine de la réclusion, rendu par un tribunal compétent et pour des actions ou omissions qui constituent un acte délictueux d'après le droit au moment où elles ont été commises¹⁰⁰⁸.

Selon le Statut de Rome, nulle personne « ne peut être arrêtée ou détenue arbitrairement [...] privée de sa liberté si ce n'est pour les motifs et selon les procédures prévues dans le présent Statut »¹⁰⁰⁹. Pour sauvegarder la liberté individuelle, la protection statutaire est double : aussi bien au moment de l'arrestation, lorsque la personne est capturée par l'autorité du fait d'une accusation d'infraction, que dans la phase de la détention, qui est la condition *in vinculis* de la personne privée de la liberté personnelle¹⁰¹⁰. Les deux actions de l'arrestation et de la détention sont traitées conjointement par l'article 55(1)(d), tout comme les documents internationaux des droits de l'homme, même s'il s'agit de deux moments connexes mais pas indissolublement liées, dans la mesure où l'arrestation peut ne pas être suivie par une détention, au cas où, par exemple, la personne est immédiatement libérée. La protection statutaire s'applique donc à deux reprises.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.* art. 9(3).

¹⁰⁰⁶ C.P.I., art. 60(4).

¹⁰⁰⁷ W. A. SCHABAS, « Droit pénal international et droit international des droits de l'homme: faux frères? », in M. HENZELIN/R. ROTH, *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ, Bruylant, Paris-Brussels-Geneva, 2002, p. 165 et s.

¹⁰⁰⁸ Cf. P.I.D.C.P. art. 15(1).

¹⁰⁰⁹ C.P.I., art. 55(1)(d).

¹⁰¹⁰ A cet égard, voy. La Résolution de l'A.G. du 9 décembre 1988, "Ensemble des principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement ».

Malgré la présence de cette garantie dans tous les documents internationaux sur les droits de l'homme, elle n'était pas formellement prévue dans les réglementations des T.P.I.¹⁰¹¹. Par l'interdiction de toute détention arbitraire le Statut de Rome introduit donc une nouveauté importante, élargissant le champ des garanties de l'accusé au sein du procès pénal international.

Le fait que le droit figure dans l'art. 55, consacré aux garanties de la personne suspectée, pourrait faire penser qu'il s'applique uniquement dans la phase qui précède le procès, alors que, comme pour d'autres droits figurant dans l'art. 55, ladite protection s'étend à toutes les phases où la mesure peut être appliquée. L'accusé en bénéficiera donc dans la même manière tout au long de son histoire judiciaire devant la Cour : dans la mesure où il s'agit d'une restriction de la liberté qui intervient après le jugement, au cours du procès ou avant celui-ci¹⁰¹², elle ne pourra jamais être le résultat d'une décision « arbitraire »¹⁰¹³. En fait, nous ajoutons que l'interdiction s'étend également à la restriction de la liberté personnelle qui intervient de manière « illégale », même si l'adjectif illégal n'est pas mentionné par l'article 55. Plus spécifiquement, nous pensons que les deux qualités négatives de l'arrestation et de la détention, qui nous ne considérons pas comme des synonymes, ne peuvent que produire le même effet, à savoir rendre inacceptable du point de vue légal la mesure restrictive, avec la différence qu'une mesure illégale est contraire aux prescriptions normatives, alors que celle arbitraire s'avère plutôt comme une mesure disproportionnée par rapport à la loi ou non nécessaire. A notre avis, le droit garanti par le Statut comprend les deux situations où la restriction de la liberté personnelle, qu'elle soit illégale ou arbitraire, dépasseraient les cas et les procédures établis par le Statut et les standards internationaux sur les droits de l'homme.

Il faut reconnaître néanmoins que la limite entre les deux situations est parfois subtile et peut générer une confusion, pouvant s'agir d'une erreur de perception ou de perspective par rapport à la prévisibilité, à la nécessité, au bien-fondé ou à la proportionnalité de la mesure. Par rapport au Statut de Rome, l'illégalité intervient lorsque la violation porte sur la règle statutaire, alors que,

¹⁰¹¹ D.U.D.H. art. 9, P.I.D.C.P. art. 9(1), C.E.D.H. art. 5.

¹⁰¹² Il faut faire une distinction entre deux expressions, à savoir la détention avant procès, qui est utilisée par la doctrine, mais qui indique la détention infligée avant le début formel du procès, et qui comprend la phase des investigations et de la confirmation des charges, et la détention provisoire, utilisée par le Statut de Rome, qui peut intervenir après le début ou au cours du procès, qui se prolonge jusqu'à la condamnation et qui peut donc s'étendre à plusieurs phases, y compris la phase de l'appel. Pour son caractère général, il nous semble plus approprié d'utiliser l'expression détention provisoire au lieu de détention avant procès. En outre, la personne qui se soustrait volontairement à la justice de la Cour peut être arrêtée avant le début du procès mais après l'audience de confirmation des charges, compte tenu du fait qu'il s'agit d'une phase où la présence de la personne n'est pas demandée. Enfin, la durée excessive de la détention provisoire peut être due au fait que l'arrestation a été effectuée par les autorités nationales dans le cadre de l'enquête nationale sur les mêmes faits, en vertu du Chapitre IX et que, après une certaine période, le détenu en l'attente de procès soit déféré à la Cour.

¹⁰¹³ En la matière voy. S. GUINCHARD/J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., p. 288 et s. et pp. 414-416.

dans le deuxième cas, on est en présence d'un dépassement des critères pour l'applicabilité de la mesure limitative de la liberté, comme établis par le Statut et par la jurisprudence¹⁰¹⁴. Autrement dit, dans la première situation, ce qui est mis en cause est le non respect total de la loi, alors que, dans le cas d'une mesure arbitraire, le caractère incorrect de la restriction dépasse l'application de la norme, mettant en discussion la méthode utilisée dans l'application de la mesure, puisque la loi n'est pas transgressée *in toto*. Dans cette perspective, nous retenons que toute durée démesurée de la détention provisoire constitue un abus de la loi en matière de détention, en raison du fait que, aux termes de l'art. 55 (1)(d), l'application de l'exception est disproportionnée par rapport à la loi qui l'admet.

ii. Les garanties et les conditions liées à la restriction de liberté

La privation de liberté implique plusieurs garanties touchant le *jus cogens*, comme le droit à ne subir aucune peine ou traitement cruel, inhumain et dégradant et le droit à un *habeas corpus ad subjiciendum*, à savoir le droit d'accès au juge, devant lequel la personne arrêtée doit être traduite dans le plus bref délai. En raison du nombre des problèmes connexes et de l'importance des conséquences produites, la restriction provisoire de la liberté personnelle doit donc être accompagnée par certaines garanties judiciaires comme la durée de la détention ou le droit à un recours effectif. En outre, selon les standards internationaux, les raisons justifiant la restriction de la liberté doivent être communiquées à la personne au moment de son arrestation et toute accusation portée contre elle doit être notifiée formellement et dans les plus brefs délais. Au moment de l'arrestation, la personne doit être traitée avec humanité, dans le respect de sa dignité¹⁰¹⁵ et libérée si elle n'est pas jugée dans un délai raisonnable. De plus, la libération de la personne doit être ordonnée si l'arrestation ou la détention s'avèrent illégales, son propre droit d'introduire un recours portant sur la légalité de l'arrestation et de la détention doit être respecté tout comme son droit à obtenir une réparation¹⁰¹⁶. Comme pour autres droits, les garanties que la réglementation de la détention avant procès attribue à la défense se maintiennent tout au long de la procédure judiciaire, sans interruption¹⁰¹⁷.

¹⁰¹⁴ Par le terme jurisprudence nous entendons ici la jurisprudence pénale internationale, notamment de la C.P.I et des T.P.I. et la jurisprudence des droits de l'homme

¹⁰¹⁵ P.I.D.C.P., art. 10. Conformément à la jurisprudence des droits de l'homme, la dignité de la personne humaine est respectée surtout lorsque sa liberté est restreinte, à cet égard voy. C.E.D.H., Arrêt *Benham c. Royaume-Uni*, 10 juin 1996 et l'affaire *Gangaram Pandav* devant la C.A.D.H., Jugement, 21 janvier 1994.

¹⁰¹⁶ *Ibid.* art. 9(2)(3)(4)(5).

¹⁰¹⁷ A. HUET/R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, Paris, PUF, 1994, p. 300 et s. ; A. DYEUVRE, "La protection des personnes soumises à la détention ou à l'emprisonnement", in N. DHERY (éd.), *Protéger les droits humains*, Litec/Amnesty International, Paris, pp. 317-325.

Nous observons que le régime de la détention est le seul sujet où la règle statutaire et le R.P.P. sont lacunaires, puisque la matière est règlementée par le Règlement de la Cour, même si le Statut de Rome englobe les standards internationaux prévus pour la restriction de la liberté personnelle¹⁰¹⁸. Tout d'abord, la délivrance d'un mandat d'arrêt et l'arrestation avant procès, ainsi que la détention en l'absence d'une condamnation définitive, doivent remplir des critères de nécessité et être limitées aux situations énoncées, à savoir assurer que la personne comparaitra – s'il existe un péril de fuite¹⁰¹⁹, qu'elle ne fera pas obstacle à l'enquête ou à la procédure, ni en compromettra le déroulement, en contaminant volontairement le cadre probatoire¹⁰²⁰; qu'enfin elle ne poursuivra pas l'exécution du crime dont il s'agit ou d'un crime connexe se produisant dans les mêmes circonstances et relevant de la compétence de la Cour¹⁰²¹. S'agissant d'une exception au droit à la liberté et à la sécurité de la personne humaine, la restriction de la liberté avant une condamnation définitive, avant le procès ou avant la confirmation des charges doit donc se conformer aux conditions et aux limites très strictes évoquées¹⁰²². L'arrestation et la détention appliquée au-delà des motifs et des cas prévus par le Statut sont donc à considérer comme arbitraires.

Toutefois, pour assurer la présence de l'accusé au procès, la Cour doit souvent dépasser le refus de l'accusé de quitter le pays et de se rendre à La Haye volontairement, et doit souvent s'opposer à la complaisance des autorités locales qui, en dépit de l'obligation de coopérer, ne rendent pas la personne suspectée à la Cour¹⁰²³. Ainsi, une fois l'accusé livré à la justice, la détention provisoire devient la seule mesure capable de permettre le déroulement du procès¹⁰²⁴. Conformément aux standards internationaux, la personne arrêtée serait donc traduite devant le juge, qui vérifiera que tous ses droits ont été respectés au cours de l'arrestation et de la détention provisoire. Aux termes du Statut, la délivrance d'un mandat d'arrêt, qui est le document formel autorisant la restriction de la liberté de la personne concernée par une enquête, est donc soumise à la vérification, de la part de la Chambre préliminaire, de la présence d'au moins l'une des conditions mentionnées, qui seront indiquées dans la requête présentée par le Procureur. A cette fin, la requête doit contenir formellement toute une série d'informations indispensables pour permettre le contrôle du juge, à savoir : un exposé succinct des faits, un résumé des éléments de preuve, la référence

¹⁰¹⁸ Voy. les articles 55 et 58.

¹⁰¹⁹ C.P.I., art. 58(1)(b)(i).

¹⁰²⁰ *Ibid.*, art. 58(1)(b)(ii).

¹⁰²¹ *Ibid.*, art. 58(1)(b)(iii).

¹⁰²² Voy. T.P.I.Y., règle 40*bis*, permettant le maintien en détention alors qu'il y a des éléments de preuve suffisants pour retenir que la personne peut avoir commis le crime, et d'une manière analogue le T.P.I.R. ; voy. également T.S.L., art. 79 A) du R.P.P.

¹⁰²³ C.P.I., artt. 89-91.

¹⁰²⁴ *Ibid.*, art. 92.

précise au crime que la personne identifiée est censée avoir commis et surtout les raisons qui, selon l'accusation, rendent nécessaire l'arrestation¹⁰²⁵. Le respect desdites conditions protège le suspect, au moins du point de vue formel, de tout arbitraire dans l'application d'une mesure restrictive de liberté.

iii. Le critère du « raisonnable » pour la détention provisoire

L'art. 55 impose également une condition plus générale qui précède toutes les autres et qui consiste à croire, selon des « motifs raisonnables », que la personne a commis un crime relevant de la compétence de la Cour¹⁰²⁶. De cette manière, nous considérons que l'ensemble des conditions formelles évoquées présente une lézarde où le discrétionnaire peut se nicher et qui est la clé permettant la délivrance du mandat d'arrêt, puisque la Chambre préliminaire doit être convaincue « qu'il y a des motifs raisonnables de croire » que la personne a commis un crime relevant de la compétence de la Cour¹⁰²⁷. Autrement dit, pour garantir la personne contre toute présomption de culpabilité liée à une détention anticipée, le Statut prescrit que des motifs raisonnables doivent justifier le mandat d'arrêt au lieu d'une simple citation à comparaître. La qualité de « raisonnable » attachée à la motivation semblerait donc circonscrire davantage le champ d'application de la détention provisoire et par conséquent, élargir la marge de protection de la personne destinataire de la mesure, mais en fait la généralité et flexibilité intrinsèque de cette motivation en diminue la garantie, étant le concept de « raisonnable » trop vague et par conséquent, difficile à contester¹⁰²⁸.

Mais qui est exactement celui qui doit estimer la mesure du raisonnable ? En effet, il y a plusieurs sujets. C'est d'abord l'accusation qui en fait l'appréciation afin de demander le mandat d'arrêt, la Chambre préliminaire se limitant à confirmer ou non. Dans cette phase, à l'exception de la possibilité de faire recours, il n'y a pas de vrai opposabilité à l'appréciation accusatoire de la part de la personne concernée, à laquelle il n'est pas demandé de se prononcer préalablement, surtout si les motifs raisonnables s'appuient sur un risque de fuite. Nous constatons en outre que l'appréciation précitée s'accompagne d'une sorte de préjugé puisque, pour justifier la mesure restrictive, la disposition statutaire utilise l'expression « croire » que la personne ne se présentera

¹⁰²⁵ *Ibid.*, art. 58(2)(a)(b)(c)(d)(e).

¹⁰²⁶ *Ibid.*, art. 58(1)(a).

¹⁰²⁷ *Ibid.*, art. 58(1)(a).

¹⁰²⁸ Pour l'orientation jurisprudentielle plus favorable à l'accusé, voy. I.C.C., *Situation in the Central African republic in the case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido*, Pre-trial Chamber II, Single Judge Cuno Tarfusser, Decision ordering the release of Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu and Narcisse Arido, 21 October 2014, ICC-01/05-01/13.

pas devant la Cour au lieu de « savoir » ou « présumer »¹⁰²⁹. Il faut néanmoins reconnaître que la marge d'arbitraire dérivant d'une appréciation « raisonnable » trop désinvolte de la requête d'un mandat d'arrêt de la part de l'accusation est restreinte grâce aux conditions et aux modalités formelles auxquelles la requête doit se conformer, dans la mesure où, selon les standards internationaux de garantie, les raisons justifiant l'arrestation doivent être communiquées à la personne au moment de son arrestation¹⁰³⁰. De la même manière, la requête présentée à la Chambre préliminaire doit contenir tous les éléments utiles à l'identification de la personne, l'individualisation des crimes, des faits, mais surtout les raisons sur lesquelles l'accusation fonde la nécessité d'appliquer la mesure coercitive. De plus, il faut déposer un résumé des éléments de preuve qui donnent des motifs raisonnables justifiant que la personne a commis le crime relevant de la compétence de la Cour. Encore une fois le Statut utilise l'adjectif « raisonnable », alors que, selon nous, il serait plus approprié de demander « un résumé suffisamment motivé »¹⁰³¹. En d'autres termes, il nous semble que la communication des raisons pour autoriser la restriction de la liberté la rendrait *de facto* automatiquement raisonnable.

iv. Le recours de plein droit contre la restriction de la liberté personnelle

La liberté personnelle représente une valeur tellement élevée que le Statut de Rome reconnaît à la personne soumise à la restriction de sa propre liberté la possibilité d'interjeter un appel interlocutoire de plein droit¹⁰³², à savoir à tout moment et sans aucune autorisation préalable¹⁰³³ et le droit à être libérée immédiatement en cas d'acquiescement¹⁰³⁴. En revanche, les T.P.I. ont admis avec restrictions le droit en appel interlocutoire sur ce sujet, la requête devant présenter des motifs sérieux, des raisons valables et être soumise à autorisation¹⁰³⁵. Sur cet aspect, le Statut de Rome protège de manière plus énergique les droits de la personne soumise à la détention provisoire, puisqu'il reconnaît le droit d'interjeter appel contre toute « *décision accordant ou refusant la mise en liberté de la personne faisant l'objet d'une enquête ou de poursuites* », sans distinctions ni limitations. De plus, la rédaction de l'art. 82 est plutôt ample, dans la mesure où, selon l'égalité des armes, il donne également à l'accusation le même droit¹⁰³⁶.

¹⁰²⁹ *Ibid.*, art. 58(7).

¹⁰³⁰ P.I.D.C.P., art. 9(2).

¹⁰³¹ C.P.I., art. 58(2).

¹⁰³² En la matière voy. S. GUINCHARD/J. BUISSON, *Procédure pénale, ibid.*

¹⁰³³ *Ibid.*, art. 82(1)(b).

¹⁰³⁴ *Ibid.*, art. 81(2)(c).

¹⁰³⁵ T.P.I.Y. et T.P.I.R. règle 65(D). A cet égard, voy. également la jurisprudence, T.P.I.Y., *Le Procureur v. Kupreskic*, Ch. d'app., Décision relative à la demande d'autorisation d'interjeter appel, 1 décembre 1999, IT-95-16, 1.

¹⁰³⁶ Toutefois, la doctrine est en désaccord avec l'orientation jurisprudentielle visant à l'égalité des armes en matière d'appel interlocutoire sur la liberté personnelle, en particulier voy. A.-M. La Rosa, *Juridictions pénales internationales. La procédure et la preuve, op. cit.*, p. 217, note 17.

Mais, la protection offerte par le Statut de la Cour est encore plus importante lorsqu'elle confère à la Chambre préliminaire la tâche – une norme absente dans les règles relatives aux T.P.I. - de vérifier périodiquement la légalité de la détention et la persistance des motifs la justifiant, réexaminant la décision de maintien en détention, mais également celle de mise en liberté¹⁰³⁷. La même compétence est attribuée à la Chambre de première instance si le réexamen est demandé et intervient sur une détention provisoire qui se prolonge pendant les débats ; cette distributions des compétences, selon les phases différentes de la procédure, fait en sorte que la Chambre d'appel soit compétente contre les décisions des instances inférieures, par effet d'une garantie liée au double degré de juridiction. Devant la Cour, le détenu peut présenter un recours contre sa détention provisoire devant plusieurs instances juridictionnelles.

b. Une application surabondante de la détention provisoire

i. Une contraction démesurée du droit de se présenter libre au procès

Avant le procès, l'arrestation et la détention préventive visent à garantir la présence de l'accusé au procès, le Statut interdisant le procès par contumace, alors que, après le procès, la restriction de la liberté vise à empêcher que l'accusé, une fois condamné, se soustraie à la justice. En dehors des cas prévus, la restriction de la liberté personnelle intervient uniquement après un jugement de condamnation faisant autorité de chose jugée, lorsqu'il n'est plus possible d'interjeter appel. Bref, en l'absence de condamnation, toute détention dans une phase différente de la procédure judiciaire doit donc remplir des critères très stricts, puisque, selon le Statut, la personne jouit du droit de se présenter libre devant la Cour et tout abus dans l'usage de la détention provisoire – quoi qu'elle soit illégale, arbitraire ou même fondée - implique une sorte de présomption de culpabilité¹⁰³⁸, dans la mesure où le droit de l'accusé de participer libre au procès est le corollaire du principe de la présomption d'innocence¹⁰³⁹.

Or, il y a une certaine doctrine selon laquelle la garantie de contrôle du juge sur la légalité de la détention provisoire donne la preuve de la spécificité des droits de la défense dans l'ordre international, surtout en ce qui concerne le système de la C.P.I., où le pouvoir de contrôle incombe à l'organe chargé de la délivrance du mandat d'arrêt. Toutefois, selon cette doctrine, une sorte de « présomption de détention provisoire » serait à la base d'un usage presque indiscriminé de cet instrument de coercition, qui est plutôt l'expression de la faiblesse du système général de la justice

¹⁰³⁷ C.P.I., art. 60(2)(3).

¹⁰³⁸ A. Bevere, *Coercizione personale. Limiti e garanzie*, Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 30 et s.

¹⁰³⁹ *Ibid.*, art. 58 (1)(a).

pénale internationale en matière de moyens de contrainte¹⁰⁴⁰. A savoir, la détention provisoire s'accompagne à une présomption de culpabilité, dans la mesure où les juges justifient l'adoption de la mesure de coercition par la présence de soupçons raisonnables portant la responsabilité de l'accusé dans les crimes¹⁰⁴¹, une évaluation qui ne pourra pas être susceptible de miner l'impartialité du travail futur concernant le fond de l'affaire. Pour cela, il est préférable que le juge qui s'occupe préliminairement du bien-fondé du maintien en détention ne s'occupe pas ensuite du fond de l'affaire, afin de ne pas contaminer le jugement par un préjugé sur la responsabilité, la détention provisoire ne devant pas trouver son fondement dans un pré-jugement de culpabilité.

En revanche, à cause de la gravité des crimes poursuivis, la justice de La Haye semble suivre une orientation qui va en opposition avec le principe général en vigueur surtout devant la C.P.I.¹⁰⁴², qui impose la présence de l'accusé même s'il n'exige pas sa présence libre. En effet, la justice pénale internationale semble s'éloigner considérablement de la pratique de la justice pénale nationale¹⁰⁴³, surtout en ce qui concerne la durée de la détention provisoire. Le risque de fuite et la facilité de jouir de la complicité de certains Etats – qui permettent à la personne de se soustraire au procès pendant des années¹⁰⁴⁴ – ont déterminé un usage indiscriminé et incontrôlé de l'instrument de la détention avant procès dans le milieu de la justice pénale internationale. En effet, souvent la restriction de la liberté se prolonge sans interruption tout au long de la procédure et fait que, en cas de condamnation à la peine de la réclusion, la transformation de l'accusé en condamné se traduit dans une simple procédure formelle qui tout simplement prolonge une condition *in vinculis* qui a débuté des années avant. Dans la pratique pénale internationale, il s'avère souvent que l'accusé commence à purger sa peine avant la condamnation définitive. Malheureusement, force est de constater que le débout de l'activité de la C.P.I. a démontré sa conformité à l'inversion du principe général qui considère la détention avant procès une exception plutôt qu'une règle¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴⁰ Voy. L. SINOPOLI, « Les droits de la défense », in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *Droit international pénal*, A. Pedone, Paris, 2000, p. 794.

¹⁰⁴¹ Toutefois, cette dernière condition doit être appliquée de manière restrictive, ne pouvant être considérée de manière autonome, mais toujours en relation avec les autres conditions demandées. Selon la règle 40bis du R.P.P. du T.P.I.Y., le maintien en détention est permis lorsqu'il y a des éléments de preuve suffisants pour retenir que la personne peut avoir commis le crime.

¹⁰⁴² C.P.I., art. 63.

¹⁰⁴³ Voy. surtout la jurisprudence des Tribunaux *ad hoc*, notamment : I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Blaškić*, Trial Chamber I, Decision Rejecting a Request for Provisional Release, 25 April 1996, IT-95-14 ; I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Delalić et al.*, Trial Chamber II, Decision on Motion for Provisional Release filed by the Accused Esad Landzo, 16 January 1997, IT-96-21 ; I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Kupreškić et al.* Trial Chamber, Decision on Defence Motion for Provisional Release, 15 May 1998, IT-95-16.

¹⁰⁴⁴ Dans l'affaire contre le Président en charge de la République du Soudan, deux mandats d'arrêts ont été délivrés, le 14 mars 2008 et le 12 juillet 2010, sans qu'aucune coopération des Etats africains intervienne pour rendre à la Cour le suspect considéré en fuite par la Cour, C.P.I., *Situation au Darfour, Soudan. Le Procureur v. Omar Hassan Ahmad Bashir*, ICC-02/05-01/09.

¹⁰⁴⁵ Dans l'affaire Bemba, la remise en liberté de l'accusé, à l'occasion de la mort de sa mère, a été prononcée le 14 août

L'arbitraire de la détention provisoire concerne donc surtout sa durée, qui en fait ne pourrait dépasser une certaine limite. Dans cette optique, la jurisprudence de la Cour a souligné la nécessité que la durée de la détention avant procès se maintienne elle-même dans les limites du « raisonnable »¹⁰⁴⁶. Mais souvent la limite raisonnable est dépassée largement et la détention provisoire se prolonge pendant toute la phase de la confirmation des charges et ensuite pendant le procès. Dans le concept de durée, il faut également tenir compte de la détention que parfois l'accusé a déjà purgée devant les autorités nationales, avant d'être traduit devant la Cour. La raison donnée pour justifier le prolongement excessif de la détention préventive et pour rejeter les demandes de remise en liberté est généralement la gravité et la complexité des crimes dont la justice pénale internationale s'occupe¹⁰⁴⁷, ce qui porte à la tentation de considérer préalablement le justiciable responsable pénalement. Dans ce sens, la mesure restrictive, surtout si elle est prolongée, est donc l'expression d'une présomption de culpabilité.

ii. Pecunia doloris, le droit à la réparation pour la détention infligée injustement

L'illicéité de la détention provisoire a été souvent liée au problème des abus subis par le détenu au cours de celle-ci, mais une détention illégale ou arbitraire peut elle-même s'apprécier comme une forme de torture aux yeux de qui la subit. Or, le degré d'évolution d'un système juridique s'évalue également par la prévision de mesures de réparation pour tout dommage injustement subi par l'accusé à cause d'une erreur de justice, qu'il soit de nature procédurale ou relatif au bien-fondé de la cause¹⁰⁴⁸. En matière de détention provisoire, le dommage causé par une détention non justifiée avant le jugement de culpabilité ou avant procès, par une détention trop prolongée ou infligée selon des modalités incorrectes, se révèle encore plus grave si par la suite

2009 par la Chambre préliminaire pour permettre à l'accusé détenu de maintenir sa vie familiale. En effet, la tendance évolutive de la C.P.I. semble être formellement cohérente avec les standards internationaux en matière de garde à vue, bien qu'elle maintienne une valeur purement déclaratoire, puisque souvent plusieurs décisions favorables à la remise en liberté ont été par la suite annulées par la Chambre d'appel ; voy. C.P.I., *Le Procureur v. Jean-Pierre Bemba*, Ch. Préliminaire II, Decision on the Interim Release of Jean-Pierre Bemba Gombo and [...], 14 août 2009, §§ 64-69, ICC-01/05-01/08 ; I.C.C., [*même affaire*], Appeal Chamber, Judgment on the appeal of the Prosecutor against Pre-Trial II « Decision [...] », 2 December 2009, ICC-01/05-01/08 OA 2, § 106 ; I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Djukic* Trial Chamber I, Decision, 24 April 1996, IT-96-20-T. En effet, la tendance évolutive a été interrompue dès sa naissance, puisque la théorie *Barayagwiza* n'a jamais été appliquée à cause de la révision de la décision due à une atténuation des responsabilités attribuées à l'accusation.

¹⁰⁴⁶ C.P.I., *Situation en RDC. Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre préliminaire I, Décision sur la demande de mise en liberté provisoire de Thomas Lubanga Dyilo, 18 octobre 2006, ICC-01/04-01/06-586, p. 7 et [*même affaire*], Chambre d'appel, 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 », 13 février 2007, ICC-01/04-01/06-824-tFR.

¹⁰⁴⁷ A cet égard, voy. la jurisprudence des T.P.I., en particulier T.P.I.Y., *Le Procureur v. T. Blaskić*, Rejet d'une demande de mise en liberté provisoire, 25 avril 1996, IT-95-14-T, p. 4 ; T.P.I.Y., *Le Procureur v. Z. Delalić et al.*, 16 janvier 1997, IT-96-21-T, § 26, portant la requête de mise en liberté de E. Landzo.

¹⁰⁴⁸ C.-J.-M. SAFFERLING, *op. cit.*, pp. 138-150.

l'accusé est acquitté. Plusieurs mesures peuvent alors être adoptées lorsqu'on porte atteinte à la dignité de la personne du fait d'une détention illégale ou arbitraire, qui justement est perçue par la personne comme une forme de violence relevant d'un abus de pouvoir. Il est possible d'ouvrir une procédure pénale ou disciplinaire à l'encontre des autorités responsables de la mesure restrictive ainsi que l'attribution d'une réparation. En outre, la Convention contre la torture est toujours applicable, celle, qui interdit l'utilisation des déclarations rendues par la personne pendant une détention injustement infligée¹⁰⁴⁹.

En matière de réparations, le Statut de la Cour démontre un degré élevé de garantie. En effet, selon le Statut de Rome, « *quiconque a été victime d'une arrestation ou mise en détention illégales a droit à réparation* »¹⁰⁵⁰. Ainsi, les erreurs ou les actes arbitraires commis par l'organe juridictionnel au cours de la poursuite induisent une réparation, puisque l'erreur judiciaire - de procédure ou au fond - doit être non simplement reconnue mais également réparée¹⁰⁵¹, si l'on pense qu'une forme de réparation suffit à réparer le dommage dérivant d'une privation de la liberté personnelle au dehors des modalités et des cas établis par la loi¹⁰⁵². En fait, l'indemnisation ne peut que réparer seulement en partie un préjudice qui ne trouvera jamais de mesures compensatoires adéquates pour une privation de la liberté personnelle injuste, même temporaire. La victime d'une arrestation illégale doit être indemnisée lorsqu'elle est acquittée ou lorsqu'une condamnation devenue définitive est ensuite annulée à cause d'une erreur judiciaire démontrée par un fait nouveau ou nouvellement révélé, mais qui n'est pas imputable à la personne ni en tout ni en partie¹⁰⁵³.

Le Statut de Rome impose des règles à l'indemnisation, à savoir : la demande d'indemnisation de l'intéressé doit être écrite, motivée, contenir le montant de l'indemnisation demandée et adressée au Président¹⁰⁵⁴ au plus tard six mois à compter de la connaissance de la décision qui a annulé la condamnation, qui a déclaré l'illégalité de l'arrestation ou de la mise en détention ou qui a reconnu l'existence d'une erreur grave et manifeste¹⁰⁵⁵. L'assistance d'un conseil pendant la procédure pour l'indemnisation continue à être un droit. La demande est alors examinée selon les modalités procédurales prévues par le R.P.P. et le montant de l'indemnisation est fixé compte tenu de l'importance des conséquences subies et de la situation personnelle, familiale,

¹⁰⁴⁹ Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruel, inhumains et dégradants, art. 15.

¹⁰⁵⁰ C.P.I., art. 85(1).

¹⁰⁵¹ Voy. P.I.D.C.P., art 9(1) : *Tout individu victime d'arrestation ou de détention illégales a droit à réparation* » et également C.E.D.H., art. 5(5) : « *Toute personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de cet article a droit à réparation* ».

¹⁰⁵² C.-J.-M. SAFFERLING, *op. cit.*, pp. 137-151.

¹⁰⁵³ C.P.I., art. 85(2).

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*, règle 173(1)(3).

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*, règle 173(2)(a)(b)(c).

sociale et professionnelle du requérant¹⁰⁵⁶. Autrement dit, l'indemnisation rencontre des limites formelles, dont l'inobservation risquerait de priver la personne de son droit à la réparation.

Au-delà des limites formelles, le Statut indique des limites substantielles au droit à la réparation. Dans des « circonstances exceptionnelles », quand, suite à un acquittement définitif ou à une annulation des poursuites due à l'innocence reconnue de l'accusé, la Cour constate qu'une erreur judiciaire grave et manifeste a été commise, elle peut accorder une indemnité pour la détention imposée en raison de l'erreur judiciaire grave et manifeste¹⁰⁵⁷. En effet, la rédaction de la disposition statutaire laisserait sous entendre que, dans certaines circonstances, le droit à être indemnisé se réduit en manque de caractère grave et manifeste de l'erreur judiciaire, d'autant plus que la Cour décide à sa discrétion. On se demande alors s'il est acceptable que des erreurs de moindre importance justifient la contraction d'un droit si important. De plus, nous pensons que le caractère manifeste de l'erreur est un critère qui manque de clarté et produit des véritables contradictions.

En effet, la découverte d'une erreur grave uniquement après l'acquittement implique qu'il n'était pas manifeste auparavant, une qualité qui aurait permis d'éviter ou au moins réparer l'erreur déjà avant le jugement, donc indépendamment d'une condamnation ou d'un acquittement – qu'en revanche l'article indique comme des pré-conditions - ; quant à la gravité, une erreur impliquant la détention provisoire présente un caractère de gravité aussi bien avant qu'après la décision définitive. D'ailleurs, il est difficile d'imaginer qu'une erreur grave devienne manifeste après la décision d'acquittement alors qu'elle ne l'était pas pendant toute la détention qui a précédé le jugement. La conclusion est qu'il n'est pas clair que le droit à l'indemnisation persiste quand l'erreur qui vient de se révéler n'est pas vraiment manifeste. Nous considérons ici l'adjectif « manifeste » comme un synonyme du mot « évident », par conséquent nous nous demandons si l'indemnisation est due également quand une erreur grave est découverte par hasard, puisqu'elle n'était pas manifeste.

Mais il y a d'autres raisons qui ne rendent pas automatique et qui peuvent entraver le droit à la réparation, même si l'erreur est grave et manifeste. En particulier, il faut considérer que le juge a le pouvoir d'agir « à sa discrétion »¹⁰⁵⁸. Le droit à la réparation est alors subordonné à la discrétion personnelle de chaque juge, dont le degré est donc variable. Même si la faculté du juge d'agir à sa discrétion concerne des circonstances exceptionnelles, ce qui fait présumer qu'elles soient limitées,

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*, règles 174 et 175.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, art. 85(3).

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*

par conséquent on s'attend qu'elles soient indiquées, au moins à titre d'exemple ; les conditions de l'indemnité continuent donc à demeurer incertaines¹⁰⁵⁹. Enfin, la responsabilité pour la détention préventive reconnue comme illégale devant la Cour pourrait bien retomber sur l'Etat où la personne a été arrêtée et détenue, en tout ou en partie ; cette situation pourrait soulever le problème du droit d'accès à la justice, à savoir de l'individualisation de l'autorité à laquelle la victime de la détention illégale devra s'adresser pour ses prétentions réparatrices. En ce qui concerne la C.P.I., sa responsabilité s'avère directe, ce qui n'était pas pour les T.P.I., car la Cour est un organe autonome par rapport à l'O.N.U., puisque son origine réside dans un acte conventionnel et non dans une résolution du C.d.S.¹⁰⁶⁰, avec des conséquences sur l'ampleur de sa compétence à décider en matière de détention provisoire et de réparation¹⁰⁶¹.

iii. Le crédit pour la détention provisoire

Au-delà de l'indemnisation, parmi les formes de réparation reconnues il y a la réduction de la peine à purger par rapport au nombre d'années que l'accusé a déjà passé en détention provisoire dans le cadre de la même procédure pour les mêmes faits. Il peut s'agir d'un nombre considérable d'années de détention subie par le justiciable avant procès, dont la durée varie en fonction de la durée totale de la procédure¹⁰⁶². La période de la détention déjà purgée à titre provisoire est alors prise en compte au moment du calcul de la peine, moment où l'accusé jouit d'un crédit équivalant à la période de la détention provisoire, qui devient une partie de la peine déjà escomptée à l'avance. Toutefois, le crédit ne doit pas être confondu avec la réduction de la peine, cette dernière concernant une peine que l'accusé a déjà commencé à purger en tant que condamné¹⁰⁶³. Le problème de la détermination du *quantum* du crédit s'impose donc aux juges. A cet égard, le Statut de Rome a règlementé et donné plus de précision au développement jurisprudentiel qui s'était produit en la matière au sein des T.P.I., qui ont souvent dû aborder des situations où la personne suspectée, avant

¹⁰⁵⁹ Voy. C.-J.-M. SAFFERLING, *ibid.*, pp. 360-363.

¹⁰⁶⁰ Le problème de la responsabilité, de l'existence de remèdes effectifs et de la réparation pour toute détention injustement subie a été abordé aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence en ce qui concerne les instances subsidiaires du Conseil de Sécurité, où la responsabilité de l'O.N.U. est directement impliquée ; G. ACQUAVIVA, « Human Rights Violation before International Tribunals : Reflections on Responsibility of International Organizations », in *Leiden Journal of International Law* 20(2007).

¹⁰⁶¹ En matière de détention, la Cour jouit toujours du pouvoir de contrôle sur l'exécution et sur les conditions de détention dans les prisons nationales, pouvant à tout moment transférer le détenu dans un quartier pénitentiaire d'un autre Etat, voy. C.P.I., art. 104-106.

¹⁰⁶² I.C.C., *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Chamber I, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, 10 July 2012, ICC-01/04-01/06-2901, §§ 92, 100-104, 108, où la Chambre a condamné l'accusé à 14 années d'emprisonnement, déduisant de la peine le temps que l'accusé a passé en détention à partir de la date de son arrestation, le 16 mars 2006, jusqu'à celle de la sentence sur la peine, sans considérer la détention passée dans son pays, en manque de preuves suffisantes à établir que Lubanga avait été détenu en R.D.C. à raison d'un comportement lié aux crimes dont il a été reconnu coupable par la Cour.

¹⁰⁶³ C.P.I., art. 78(2).

de comparaître pour la première fois devant les juges, avait déjà subi une détention au niveau national qui était en relation avec le crime poursuivi par la juridiction internationale¹⁰⁶⁴.

Afin de calculer la détention finale, il faut d'abord définir le début de la période de la détention provisoire appliquée sous ordre de l'instance internationale. Toutefois, des problèmes de calcul se posent quand la détention préventive n'a pas été subie sous ordre de la Cour. A cet égard, le Statut de Rome révèle sa fonction de garantie de la défense, lorsqu'il spécifie que la détention provisoire à prendre en compte afin de définir le crédit n'est pas uniquement celle qui dérive d'une décision de la Cour. Autrement dit, la Chambre, au moment où elle prononce une peine d'emprisonnement, doit considérer non seulement le temps que l'accusé a passé en détention « *sur son ordre* », puisqu'« *elle peut également en déduire toute autre période passée en détention à raison d'un comportement lié au crime* »¹⁰⁶⁵. La condition imposée par le Statut est néanmoins que le comportement qui a justifié la détention provisoire soit lié au crime sur lequel la compétence de la Cour s'est étendue. La simple liaison entre le crime et le comportement, au lieu d'une connexité plus spécifique, est un indicateur d'un élargissement de la perspective où s'inscrit le calcul, dont l'ampleur est certainement au bénéfice de la défense.

En effet, la réglementation de la matière s'était avérée nécessaire pour éviter les défaillances encourues devant les Tribunaux *ad hoc*, qui avaient fait preuve d'une approche générique et non homogène en la matière. En effet, la réduction de la peine était considérée par rapport au temps que la personne avait passé en garde à vue limitativement à la détention provisoire purgée dans l'attente d'être remis au Tribunal ou d'être jugé par la Chambre, avec une réduction des revendications possibles de la part de la défense. De surcroît, les interprétations données par la jurisprudence des T.P.I. à cet égard n'ont pas donné preuve d'uniformité en ce qui concerne le moment où il fallait calculer le début de la détention préventive, surtout de la détention subie sur le territoire national, loin de La Haye. Dans certains cas, la jurisprudence a fait partir le calcul du moment où l'ordonnance est émise par la Chambre ou du moment où la requête est présentée par le Procureur aux autorités nationales¹⁰⁶⁶, alors que, dans d'autres cas, l'interprétation a fait coïncider le début du calcul avec la comparution volontaire de l'accusé devant le Tribunal¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁴ Dans l'affaire Kaing Guek Eav, *alias* Duch, devant les C.E.T.C., pour le calcul de la peine, la Chambre d'appel a dû tenir compte du nombre considérable d'années de détention, du 10 mai 1999 au 30 juillet 2007, purgée devant les autorités nationales avant que la condamnation soit prononcée par les C.E.T.C., voy. E.C.C.C., Supreme Court Chamber, Case 001 Appeal Judgement, 3 February 2012, 011/18-07-2007-ECCC/SC, §§ 400-405.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*, art. 78(2).

¹⁰⁶⁶ T.P.I.Y., *le Procureur v Kupreskic*, cit., Chambre d'appel, Jugement, 14 janvier 2000, dispositif, cit. ; T.P.I.Y., *Le Procureur v. Celebici*, Jugement, cit., §§ 1287-1289 ; T.P.I.R., *Le Procureur v. Ruggiu*, Jugement, verdict, cit.

¹⁰⁶⁷ T.P.I.Y., *Le Procureur v Blaskic*, Jugement, 3 mars 2000, IT-95-14, cit., §41.

Très simplement, au moment de la condamnation à une peine d'emprisonnement, le Statut de Rome reconnaît aux juges le pouvoir de déduire de la peine totale la détention déjà purgée avant la condamnation, même la détention échappant au contrôle de la Cour et passée devant les juridictions nationales pour des crimes liés aux crimes pour lesquels l'accusé a été condamné par la C.P.I.¹⁰⁶⁸. Il s'agit d'une extension et d'un automatisme se détachant de la volonté du condamné d'exercer ce droit et qui semble vouloir plutôt « indemniser » la personne selon une acception de l'indemnité non uniquement économique, pour une privation de la liberté parfois appliquée « à mailles larges ». D'autre part, selon l'interprétation plus pernicieuse d'A.M. La Rosa, le fait que les juges appliquent cette déduction sans l'impulsion de la défense donne une sorte de sauf-conduit pour toutes les phases de la procédure et du procès que l'accusé a subi *in vinculis*¹⁰⁶⁹. En d'autres mots, une détention préventive très prolongée serait tolérable par le fait qu'ensuite, au moment de la condamnation, l'accusé jouira toujours d'une réduction de peine. Mais, si celle-ci est la *ratio* du crédit, le remboursement lui aussi, tout comme la détention provisoire, s'appuie sur une présomption de culpabilité. En fait, le problème reste chronique, puisqu'il s'agit d'une pratique encore trop largement diffusée dans le milieu de la justice pénale internationale, qui fait recours avec trop d'indulgence à la détention provisoire pendant des périodes dont la durée se révèle contraire aux standards internationaux les plus élémentaires en matière de droit à la liberté personnelle.

§ 2. Le suspect officiel

Le deuxième paragraphe de l'article 55 présente le suspect dans une dimension officielle, dans la mesure où il n'est plus simplement une personne dans le cadre d'une enquête, mais une personne donnant des raisons de croire qu'elle a commis un crime relevant de la compétence de la Cour. Par conséquent, la sphère de la protection statutaire sera renforcée. En effet, par l'expression « *de plus* », l'art. 55 du Statut lui confère des droits supplémentaires à l'occasion de son interrogatoire de la part du Procureur ou des autorités de l'Etat coopérant en vertu du Chapitre IX. En premier lieu, il s'agit du droit du suspect à être préalablement informé qu'il y a des raisons de croire qu'il est responsable d'un crime et, en même temps, qu'il peut garder le silence sans que ce comportement soit pris en compte pour la détermination de sa responsabilité (A). Le suspect jouit, en outre, des droits à être assisté par un conseil de son choix ou choisi d'office et à être interrogé en

¹⁰⁶⁸ La question du crédit pour la détention préventive était déjà prévue dans l'art. 77 du Projet de Statut du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale.

¹⁰⁶⁹ A.-M. LA ROSA, *Juridictions pénales internationales*, op. cit., pp. 201-202.

présence de celui-ci **(B)**. Dans certains cas, il s'agit de droits qui ne figurent pas dans les Statuts des T.P.I. et qui, par conséquent, sont révélateurs du caractère progressiste du Statut de Rome.

A. Le droit à l'information et au silence

Envers la personne officiellement suspectée et qui doit être interrogée en cette qualité, les autorités ont un devoir de communication et d'information, devant lui donner les premières informations principales de l'enquête **(1)**, alors que le suspect peut refuser de fournir toute information, en choisissant de se protéger derrière le voile du silence **(2)**.

1. L'art. 55(2)(a) : le droit à être informé avant d'être interrogé qu'il y a des raisons de croire qu'il y a commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour

Dès que la personne est officiellement suspectée, l'art. 55(2)(a) statue que, avant l'interrogatoire, elle jouit du droit à être informée qu'il y a des raisons de croire qu'elle a commis un ou plusieurs crimes soumis à la compétence de la Cour. Afin de permettre l'interrogatoire et qu'il soit valable, il faut donc respecter cette condition, dont l'observation est confirmée dans le procès-verbal de l'interrogatoire, dans la mesure où il est soussigné par la personne interrogée en pleine connaissance de cause¹⁰⁷⁰. La formule statutaire est prolix, prudente et, en même temps, trop vague lorsqu'elle demande aux autorités d'avoir des « raisons » de « croire », peut-être pour éviter une criminalisation anticipée dérivant d'une formule plus concise et précise, telle que, par exemple, « être informée d'un soupçon de culpabilité ». En réalité, on peut comprendre la portée sommaire de la formulation statutaire, en reconnaissant qu'à ce stade de l'enquête il n'est pas encore possible de notifier les charges avec clarté, les qualifications juridiques des inculpations devant être encore précisées et le degré d'implication individuel dans le crime encore mesuré¹⁰⁷¹. Par conséquent, en manque de charges précises, le contenu de l'information ne pourra qu'être générique, d'autant plus que les autorités ne sont pas tenues, à ce stade, de spécifier quelles raisons justifient les soupçons de culpabilité¹⁰⁷².

¹⁰⁷⁰ C.P.I., règle 111(2), « Lorsque le Procureur ou les autorités nationales procèdent à un interrogatoire, il est dûment tenu compte de l'article 55. Lorsqu'une personne est informée de ses droits conformément au paragraphe 2 de l'article 55, le fait que cette information a été donnée est mentionnée dans le procès verbal ».

¹⁰⁷¹ *Ibid.*, art. 55(2)(a).

¹⁰⁷² Voy. Sur le sujet A. BEVERE/A. CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, Giuffrè Editore, Milano, 1995, p. 100 et s.

Selon la doctrine, pour assurer le respect lié à l'information, il suffit de communiquer au suspect, oralement ou sous forme écrite, le texte de l'art. 55(2), faisant référence à l'art. 5 du Statut¹⁰⁷³. Il s'agit, toutefois, de précautions qui n'assurent pas que le suspect, au-delà du sens littéral, ait effectivement compris la portée des garanties lui étant reconnues et soit, par conséquent, en mesure d'en faire usage ni qu'il soit capable de révéler toute violation éventuelle liée à la communication. D'ailleurs, l'obligation de vérifier la compréhension de l'information n'est pas exigée par l'article. Puisqu'il s'agit de la phase initiale de l'histoire judiciaire de la personne, le droit à l'information permet à la défense la connaissance de l'inculpation, qui est le fondement pour tous les autres droits. Etant donné son importance, il n'est pas compréhensible que ce droit n'ait pas été prévu formellement devant les T.P.I.¹⁰⁷⁴, ce qui néanmoins ne signifie pas qu'il n'ait pas été respecté. Certes, il est plus difficile pour la défense de contester la violation d'un droit qui n'est pas mentionné dans les textes de travail d'une juridiction, à moins de ne pas faire valoir les documents internationaux sur les droits de l'homme afin de soutenir la violation. Devant la C.P.I., la défense est certainement favorisée sur cet aspect, puisqu'il lui est reconnu un droit supplémentaire, qui se traduit dans un devoir qui pèse sur l'accusation et dont l'effet est celui de réduire la surabondance des pouvoirs lui appartenant surtout dans la phase de l'enquête.

2. Art. 55 (2) (b) : le droit de garder le silence

Loin de vouloir démontrer son acquiescement par rapport aux soupçons qui pèsent sur lui, le choix du silence du suspect est un comportement qui ne pourra jamais être utilisé pour en déduire sa responsabilité pénale. Le silence n'est pas pris en compte non plus pour déterminer l'innocence de la personne, ce comportement passif devant uniquement exprimer une neutralité par rapport à l'activité d'investigation. En effet, le droit au silence est la forme la plus ample du droit de ne pas contribuer à la recherche de la vérité et donc la forme la plus absolue du droit au non-renversement du fardeau de la preuve et à la non-obligation de la réfutation des charges. En effet, *affermanti incubit probatio*, dans la mesure où le devoir de communiquer incombe uniquement à la partie qui, en vertu de ses fonctions, est intéressée ou obligée à démontrer l'accusation.

Reconnu au sein de toutes les instances pénales internationales, le droit au silence n'est pas mentionné dans l'art. 6 de la C.E.D.H., il est néanmoins affirmé et reconnu par la jurisprudence

¹⁰⁷³ A.-A. MBAYE/S.-S. SHOAMANESH, « Art. 55. Droits des personnes dans le cadre d'une enquête », in J. FERNANDEZ/X. PACREAU (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 1274.

¹⁰⁷⁴ Cf. l'article 42 des R.P.P. du T.P.I.Y. et du T.P.I.R.

internationale sur les droits de l'homme, selon laquelle, lorsqu'il y a des raisons de croire qu'elle a commis un crime, avant d'être interrogée, la personne suspectée jouit d'une série de droits parmi lesquels le droit de garder le silence, s'il le souhaite et sans que ce comportement soit considéré un indice de culpabilité ou une atteinte à l'administration de la justice¹⁰⁷⁵. En effet, l'interrogatoire peut être avorté par le silence, sans que ce choix influence la décision sur la culpabilité ou l'innocence, bien que l'influence sur l'innocence soit toujours la bienvenue dans l'optique de la stratégie de la défense¹⁰⁷⁶! Sur le sillage de la passivité, la personne peut également refuser de signer le procès-verbal, qui est une autre expression du droit au silence, qui est ici manifesté *par facta concludentia*¹⁰⁷⁷.

Selon S. Bibas, le silence aide surtout le coupable¹⁰⁷⁸. En fait, nous pensons que le Procureur lui aussi est très avantagé par le silence du prévenu du fait d'un déséquilibre du bon fonctionnement du contradictoire qui lui est favorable, puisque les éléments à charge ne sont pas contestés par la défense silencieuse. D'ailleurs, la réfutation des charges n'est pas une obligation pour la défense, qui de cette manière renonce à l'opportunité d'anéantir les charges. Pourtant il semble que le statut des T.P.I. encourage le silence, lorsqu'elle impose que le suspect soit préalablement informé et mis en garde sur le fait que ses déclarations feront l'objet d'un procès-verbal et qu'elles pourront toujours être utilisées comme preuve contre lui. Le Statut de Rome semblerait vouloir donner une portée limitée à la garantie liée au droit au silence, dans la mesure où la réglementation n'évoque pas la possibilité que les déclarations faites au cours de l'interrogatoire pourront être utilisées comme moyen de preuve¹⁰⁷⁹. En effet, la disposition du Statut reste incomplète et même le R.P.P. impose uniquement l'obligation d'informer la personne que l'interrogatoire sera enregistré et qu'elle, en vertu du droit au silence, peut s'y opposer¹⁰⁸⁰. Il s'agit d'une omission qui rend le Statut lacunaire par rapport à ce droit, dont l'importance est démontrée par le fait qu'il est préservé tout au long de la procédure, même lorsque la personne perd le statut de suspect pour acquérir celui d'accusé. Au cours du procès, le droit au silence maintient les mêmes caractéristiques et se décline dans la même manière, obéissant aux mêmes règles.

¹⁰⁷⁵ C.E.D.H., arrêt *J. Murray c. R.U.*, 8 février 1993, § 44 et arrêt *Funke c. la France*, Requête n° 10588/83, 25 février 1993, § 44.

¹⁰⁷⁶ C.P.I., art. 55(2)(b). Il s'agit d'un droit déjà contenu dans l'art. 26 du projet de Statut de la C.D.I. de 1994, lors de la quarante-sixième session, 2 mai-22 juillet 1994, Groupe de travail sur le projet de statut pour une cour criminelle internationale, voy. le Rapport du Groupe de travail, A/CN.4/L.491/Rev. 1, 8 juillet 1994.

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, règle 111(1).

¹⁰⁷⁸ S. BIBAS, *The right to Remain Silent Helps Only the Guilty*, 88 Iowa L. rev. (2003) pp. 421-422 ; A. ALSCHULER, « A Peculiar Privilege in Historical Perspective : The Right to Remain Silent », 94 *Michigan Law Review* 2625 (1996), pp. 2625-2672.

¹⁰⁷⁹ A cet égard, la normative des autres instances pénales internationales semble être plus complète, voy. les articles 42 des R.P.P. des T.P.I. et la règle 42 du R.P.P. du T.S.S.L.

¹⁰⁸⁰ C.P.I., règle 112 (1)(a).

Enfin, il faut faire une observation en ce qui concerne l'usage de l'expression « *de plus* » contenue dans le paragraphe 2 de l'art. 55, une expression qu'il faut considérer également par rapport au droit au silence. Faisant référence aux droits garantis par les alinéas a), b), c) et d). Or, l'ampleur propre à cette expression est indicatrice d'une garantie plus étendue de laquelle fait partie le droit au silence, mais également des droits prévus dans le paragraphe 1), comme le droit de l'accusé à ne pas être obligé de témoigner contre lui-même ni de s'avouer coupable. En effet, dans les trois cas il s'agit du droit de la personne à assumer un comportement passif ou, au moins d'abstention par rapport à certaines activités. Ce n'est pas par hasard que la doctrine indique le silence comme un corollaire du libre aveu grâce auquel l'accusé se soustrait à l'obligation de contribuer à sa propre incrimination¹⁰⁸¹. D'ailleurs, le droit au silence descend du principe de la présomption d'innocence, qui est préservée également lorsque la défense n'a pas un rôle actif¹⁰⁸².

B. Le droit à la défense

L'article 55(2) assure le droit à l'assistance d'un conseil (1) et, plus spécifiquement, à la présence de celui-ci pendant l'interrogatoire (2). Puisqu'il s'agit d'un droit commun à l'accusé, on évitera d'en traiter une deuxième fois au cours de l'analyse des droits de l'accusé.

1. L'art. 55 (2)(c) : le droit à l'assistance du conseil

Le droit au conseil, ainsi que les autres garanties procédurales sur lesquelles l'accusé fonde ses droits, descend du droit plus général à la justice¹⁰⁸³. En d'autres termes, le droit de l'accusé de se disculper, en disposant du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense, le droit à l'équité, à la publicité et à la célérité de la procédure contre lui et enfin le droit à un défenseur de propre choix seraient toutes garanties procédurales vidées de sens en l'absence du droit au juge, à savoir sans la possibilité de saisir une autorité judiciaire et d'obtenir l'ouverture d'un procès où toutes ces garanties seront appliquées. Par conséquent, les prérogatives de la défense présupposent le droit d'accès à la justice, ainsi comme le droit d'un individu d'être entendu par un juge sous-entend la présence incontournable d'un conseil, surtout lors qu'il est en cause une accusation pénale contre lui (a). Or, la liberté de choix du conseil est l'un des paramètres pour mesurer l'effectivité de l'aide légale ; par rapport à ce droit, nous essayerons de vérifier si les conditions que le Statut de

¹⁰⁸¹ A.-A. MBAYE/S.-S. SHOAMANESH, *ibid.* pp. 1275-1276.

¹⁰⁸² J. HEINE (dir.), *Fair Trial Manual*, Second edition, *op. cit.*, pp. 40 et 130 à 131.

¹⁰⁸³ S. GUINCHARD/J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, pp. 306 à 313.

Rome pose pour la désignation du conseil risquent d'entamer le principe du libre choix ou si, par contre, elles visent à rendre effective l'aide légale (b).

a. Le droit au conseil

i. Un droit spéculaire au droit au juge

Selon la Charte internationale de l'accès à la justice pour tous¹⁰⁸⁴, le droit au conseil choisi librement fait partie du droit de tous à avoir accès à la justice, qui est l'un des éléments constitutifs de la notion de « prééminence du Droit »¹⁰⁸⁵. Le droit au conseil est alors l'image spéculaire du droit au juge, un droit qui, dans une société démocratique, permet au citoyen de demander à l'organe juridictionnel de trancher sur le bien-fondé d'une accusation pénale ou de trancher une question juridique qui peut concerner des droits et des obligations à caractère civil¹⁰⁸⁶. Les deux droits complémentaires font donc partie du concept général de droit à la justice ; en effet, en matière pénale, grâce au droit d'accès au juge et au procès, l'accusé pourra réfuter toute accusation, mais sans conseil aucun procès ne sera possible. En particulier, le droit à un conseil de propre choix figure dans tous les documents internationaux, notamment le Statut de Rome, alors que le droit au juge est un droit non écrit, qui ne figure pas dans plusieurs textes normatifs nationaux et internationaux¹⁰⁸⁷. La façon pratique la plus immédiate pour la mise en œuvre du droit à la justice est le droit de l'accusé de prendre contact avec son avocat, qui lui expliquera le droit, la procédure, les délais à respecter et la manière d'articuler la défense. Le Statut de Rome réalise le droit à la justice permettant à la personne concernée par une poursuite devant la Cour, qu'elle soit suspectée ou accusée, de choisir librement son conseil ou lui assurant un défenseur d'office, rémunéré par la Cour si la personne est indigente¹⁰⁸⁸.

L'effectivité du droit à la justice se réalise surtout par le droit à la défense et par la mise en œuvre pratique de ce droit, parce que, selon J.L. Charrier, c'est sur la théorie de l'effectivité que les droits de l'accusé se matérialisent, étant destinés à rester des simples énonciations de principe

¹⁰⁸⁴ Adoptée au Mexico en 1991 par l'Union internationale des avocats.

¹⁰⁸⁵ J.-L. CHARRIER, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 96 et s.

¹⁰⁸⁶ Il n'est pas non plus compris dans l'art. 6 de la C.E.D.H., c'est la jurisprudence de la Cour de Strasbourg qui l'a admis expressément dans l'un de ses arrêts, qui donne un caractère normatif à sa jurisprudence, dans la mesure où l'arrêt consacre le droit au juge sur la base de la théorie de l'effectivité des droits de l'homme, voy. C.E.D.H., 21 février 1975, affaire *Golder c. Royaume-Uni*, série A, n° 18.

¹⁰⁸⁷ Cf. P.I.D.C.P. art. 14(3)(d), C.E.D.H. art. 6(3)(c), C.A.D.H. art. 8(d), Charte africaine D.H.P. art. 7(3); voy. également la Directive relative à la commission d'office des conseils de la défense du T.P.I.Y., N° 1/94, 28 juillet 1994, art. 5 et la directive jumelle du T.P.I.R. du 9 janvier 1996, art. 2.

¹⁰⁸⁸ C.P.I., art. 55(2)(c).

dépourvues d'effectivité¹⁰⁸⁹. L'accusé doit donc voir non seulement reconnu le droit à la justice mais doit être mis également dans la condition de l'exercer grâce à la présence d'un conseil. Dans cette optique, la C.P.I. rend effectif le droit à la justice mettant en place un système d'assistance judiciaire et d'aide légale accessible à tous, sans discriminations, gratuite au profit des démunis, auxquels la défense sera assurée pareillement par le biais de la désignation d'un avocat compétent commis d'office. En particulier, la Cour assure le droit à un conseil choisi librement mettant à disposition de la défense une liste de conseils de la Cour tenue par le Greffe, qui répondent à des critères de compétence, fiabilité et disponibilité. En vertu de cette mesure pratique d'actuation du droit, toute décision des juges portant sur le rejet d'une demande d'aide juridictionnelle ne peut jamais être manifestement infondée, devant s'appuyer sur des raisons objectivement réfutables, à défaut desquelles la décision porterait atteinte à la substance même du droit d'accès à la justice.

La procédure pour l'aide légale prévue par le Statut et par les autres textes auxiliaires de la Cour est très simple, puisque aucun mécanisme juridique trop compliqué ne peut entraver directement ou indirectement le droit à un conseil et par conséquent, le droit d'accès à la justice et, en tout cas de conflit d'intérêt qui pourrait empêcher au conseil d'être commis. Il incombe à la Chambre de trancher¹⁰⁹⁰. Mais, la vigilance de la Cour s'étend à l'extérieur de son propre système d'aide légale, pouvant même mettre en cause la responsabilité des autorités nationales pour la violation du droit au conseil. En particulier, dans le cadre de la Situation en Libye, la Chambre préliminaire I de la C.P.I. a relevé la violation du droit d'accès au conseil de la part des autorités nationales, confirmant que le suspect « *needs to have a lawyer appointed to represent him* »¹⁰⁹¹, alors que, selon les justifications des autorités libyennes, la violation était une « *understandable consequence of the challenging transnational context and security difficulties* », qui toutefois n'affectait pas la volonté ni la capacité de la Libye d'assurer une procédure menée de manière indépendante et impartiale. En effet, selon les contestations adressées aux autorités libyennes, pendant la détention provisoire du suspect, celles-ci n'avaient pas obtempéré pendant des mois à la décision de la Cour visant à permettre la visite du conseil désigné dans le quartier pénitentiaire

¹⁰⁸⁹ J.-L. CHARRIER, *ibid.* ; S. GUINCHARD/J. BUISSON, *Procédure pénale, ibid.*, pp. 323 à 326.

¹⁰⁹⁰ A cet égard voy. la jurisprudence de la C.P.I., qui s'avère en contraste avec la jurisprudence du T.P.I.Y., qui avait donné ce pouvoir au Greffe ; cf. I.C.C., *The Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain et Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Trial Chamber IV, Public Decision on the Prosecution's Request to Invalidate the Counsel to the Defence Appointment of Counsel to the Defence, 30 June 2011, ICC-02/05-03/09-168, §§ 11-12 et T.P.I.Y., *Le Procureur v. Martić*, Décision relative à l'appel interjeté contre la décision du Greffe, 2 août 2002, IT-95-11-PT.

¹⁰⁹¹ I.C.C., *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, 1 October 2013, cit., paras. 292, 304-307.

libyen ni avaient donné au détenu ou à son conseil les facilités nécessaires pour permettre ce contact entre les deux¹⁰⁹².

ii. Le système de l'aide légale de la Cour

Dans le cas d'une désignation d'office, le Greffier est chargé de soumettre à la personne la liste des conseils de la Cour afin qu'elle choisisse le conseil sur la base du profil professionnel le plus adapté à la représenter¹⁰⁹³. Une procédure de désignation analogue était déjà prévue au sein du T.P.I.Y., où le critère du libre choix était préservé, alors que, devant le T.P.I.R., il y a eu des cas où le conseil a été commis d'office en désaccord avec la volonté de l'accusé. Le droit à l'assistance légale inclut la possibilité de faire rétribuer le conseil par la Cour, si la personne poursuivie démontre ne pas disposer de moyens pour le rétribuer¹⁰⁹⁴. Dans ce cas, le Greffier doit vérifier la situation d'indigence de la personne¹⁰⁹⁵. Le caractère absolu du droit à la présence d'un conseil est parfois protégé directement par la Chambre, lorsque l'intérêt de la justice l'exige. En effet, l'intérêt de la justice est un concept qui, lorsqu'il est associé au droit à l'assistance légale, combine deux nécessités : sauvegarder les droits de la défense et permettre le déroulement le plus correct de l'administration judiciaire. Toutefois, comme pour tous les autres droits de la défense, il s'agit de deux exigences qui peuvent, parfois, entrer en collision, dans la mesure où la revendication paroxystique des droits de la défense peut souvent entraîner des conséquences contraires aux intérêts de la justice, un exemple typique est la revendication continuelle de droits qui provoque des retards excessifs dans la procédure.

Dans le système de l'aide légale de la Cour, l'arbitre de la défense d'office est donc le Greffe, qui aide la personne arrêtée, le suspect qui doit être interrogé et l'accusé à obtenir des avis juridiques et à être assisté par un conseil¹⁰⁹⁶. Au besoin, le Greffe donne des conseils au Procureur et aux Chambres sur toutes les questions concernant la défense¹⁰⁹⁷. De surcroît, c'est à lui qu'incombe la responsabilité de prendre toute décision sur les qualifications des conseils, leur

¹⁰⁹² *Ibid.*, Decision concerning a privileged visit to Abdullah Al-Senussi by his Défence, 26 septembre 2013, paras. 12-15; sur le même argument voy. H.R.W., Libye: Ensure Abdallah Sanussi Access to Lawyer, 17 April 2013, en ligne: www.hrw.org/news/2013/04/17/libya-ensure-abdallah-sanussi-access-lawyer.

¹⁰⁹³ S. BARACHE, "L'organisation de la défense", in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *op. cit.*, pp. 785-790 ; J. TEMMINK TUINSTR, *Defence counsel in international criminal law*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2009, p. 323.

¹⁰⁹⁴ C.P.I., art. 55(2)(c).

¹⁰⁹⁵ Pour les critères de vérification de l'état d'indigence, voy. le Rapport sur les principes et critères à appliquer pour déterminer l'indigence aux fins de l'aide judiciaire (présenté conformément au paragraphe 116 du Rapport du Comité du budget et des finances en date du 13 août 2004), 31 mai 2007, ICC-ASP/6/INF.1 et le Rapport sur le fonctionnement du système d'aide judiciaire de la Cour et propositions d'ajustement, 31 mai 2007, ICC-ASP/6/4.

¹⁰⁹⁶ C.P.I., règle 20(1)(c).

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*, règle 20(1)(d).

désignation et commission d'office¹⁰⁹⁸. Il jouit du pouvoir de désigner, à tout moment et en vertu de la langue et de la proximité géographique, un avocat de permanence parmi les conseils ayant manifesté cette disponibilité¹⁰⁹⁹. Il s'agit d'une désignation qui fait face à des situations d'urgence, qui s'accomplit dans le plus bref délai, lorsque la personne a besoin d'être représentée parce qu'elle n'a pas encore obtenu la désignation d'un conseil ou que celui-ci n'est pas disponible. Selon le statut de la Cour, la seule limite au pouvoir du Greffier est donc le souhait de la personne qu'il faut représenter.

Toutefois, la jurisprudence a calibré le pouvoir du Greffe en matière de défense. En particulier, la Présidence a précisé que, en ce qui concerne la désignation d'un conseil de permanence, le Greffier doit uniquement se conformer aux critères de la proximité géographique et de la disponibilité du conseil, n'ayant pas l'obligation de se conformer au souhait de la personne intéressée lorsqu'il y a des motifs raisonnables, puisque c'est à lui qu'appartient la « *décision définitive [...] et pas à la personne pour laquelle ce conseil est désigné* »¹¹⁰⁰. En l'espèce, la décision de la Présidence a souligné que le caractère d'urgence de la commission du conseil de permanence et la durée limitée de son mandat rendent cette situation bien différente de la désignation ordinaire du conseil, qui ne fait pas suite à une situation d'émergence et qui est régie par le principe du libre choix. Nous nous permettons d'être en désaccord, parce que le principe du libre choix est toujours indispensable pour rendre effectif le droit au conseil, qu'il soit privé, d'office ou de permanence, surtout dans des situations d'urgence, où aucune raison valable ne doit permettre de glisser sur la volonté de la personne, d'autant plus que les situations d'urgence se prêtent « admirablement » aux violations des droits de la défense.

b. Le principe du libre choix de la défense

i. Les limites posées par la Cour

Nous avons affirmé tout à l'heure que le principe du libre choix du conseil est la garantie d'efficacité du droit au conseil¹¹⁰¹. Or, le système de la Cour assure cette liberté, mais fixe

¹⁰⁹⁸ A cet égard, voy. I.C.C., *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Présidence, *Decision of the Presidency upon the document entitled « Clarification » filed by Thomas Lubanga Dyilo on 3 April 2007, the request of the Registrar of 5 April 2007 and the requests of Thomas Lubanga Dyilo of 17 April 2007*, 2 May 2007, ICC-01/04-01/06-874, § 17; et [*même affaire*], Présidence, *Décision relative à la Demande urgente en vertu de la règle 21-3 du Règlement de procédure et de prévue et à la Demande urgente pour la désignation d'un conseil de permanence, déposées par Thomas Lubanga Dyilo devant la Présidence*, 29 juin 2007, ICC-01/04-01/06-937, § 16.

¹⁰⁹⁹ C.P.I., norme 73 R.C.

¹¹⁰⁰ Voy. I.C.C., *Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, *ibid.*, §§ 25-31.

¹¹⁰¹ Voy. l'art. 1 de la Convention internationale de sauvegarde des droits de la défense (Paris, 26 juin 1987), signées par les représentants de 50 barreaux de plusieurs nationalités.

néanmoins une limite au choix. La limitation consiste en un contrôle effectué à deux reprises : quand le suspect ou l'accusé désigne un conseil privé, puisque dans ce cas il faut d'abord vérifier que le conseil remplisse les qualifications nécessaires pour plaider devant une juridiction unique dans son genre ; quand la désignation est faite d'office du fait de la condition d'indigence du suspect ou de l'accusé, car dans ce cas la désignation sera circonscrite aux conseils proposés par le Greffe - selon les critères de l'équilibre géographique et de la langue¹¹⁰² - parmi ceux inscrits sur la liste de conseils de la Cour¹¹⁰³. La règle générale est que la désignation d'office ne peut être contraire à la volonté de la personne représentée, mais en fait les deux situations mentionnées ne sont que deux manières différentes d'imposer des limitations au droit de l'accusé de choisir librement son conseil.

Le respect du libre choix du conseil a toujours soulevé des problèmes, surtout en relation avec les critères demandés par la juridiction. Le critère de la répartition géographique s'accompagne de celui de la langue parlée par le conseil, qui doit avoir une maîtrise excellente de l'une des langues de travail de la Cour, mais doit aussi parler la langue de la personne assistée. Dans des cas exceptionnels, surtout devant le T.P.I.Y., le Tribunal a permis aux suspects et aux accusés d'être représentés par un conseil privé en qui ils avaient confiance mais qui ne remplissait pas certaines des qualifications demandées, telles que la maîtrise de l'une des deux langues officielles de travail.

Dans d'autres cas, particulièrement devant le T.P.I.R., les protestations des accusés et des associations de la défense portaient sur la limitation du droit de choisir librement le conseil, puisqu'aux accusés indigents le Greffier présentait une liste très restreinte de conseils admis par le Tribunal – qui étaient donc imposés *de facto* -, ce qui avait forcé les accusés à adopter un stratagème consistant à accepter le conseil indiqué, en lui adjoignant un co-conseil choisi librement qui ni figurait pas sur ladite liste. Le stratagème était que, en cas de condamnation, les accusés demandaient à être représentés devant la Chambre d'appel uniquement par le co-conseil librement choisi, en demandant donc le retrait du conseil principal, sur la base de l'argument que, pendant le procès, ils n'avaient pas été représentés par un conseil de leur choix. Toutefois, avant d'arriver à la Chambre d'appel la violation du droit du libre choix s'était déjà produite et le dommage pour l'accusé déjà réalisé par le biais de sa condamnation. En effet, cette pratique a permis un véritable

¹¹⁰² En particulier, en matière de désignation d'office, la pratique des T.P.I. a adopté le critère de l'équilibre géographique de provenance du conseil, qui est d'ailleurs le même critère adopté pour l'élection des juges propre au système des N.U. ; toutefois, le critère a été très critiqué au sein de certaines juridictions pénales internationales du fait d'une représentation excessive de certains pays, surtout les pays anglophones ou francophones, étant l'anglais et le français les deux langues de travail de la C.P.I.

¹¹⁰³ Voy. la jurisprudence des T.P.I., notamment le T.P.I.Y., *Le Procureur v. Misić*, Jugement de la Chambre de première instance II, 24 juin 1996, IT-96-21-T, § 2.

détournement des règles internes à la juridiction du fait du non-respect du droit général d'accès à la justice, nié par la violation du droit à un conseil choisi librement. Des critiques analogues se posent aujourd'hui à l'égard de la liste des conseils de la Cour.

ii. La fonction instrumentale des critiques

Selon les critiques d'une certaine doctrine et de certaines associations de conseils, devant la C.P.I., le droit du libre choix du conseil ne serait pas un droit absolu et ne serait pas respecté à cause du caractère rigide du statut¹¹⁰⁴. En effet, sur ce sujet la réglementation est très claire, l'accusé devant limiter son libre choix aux conseils figurant sur la liste des conseils de la Cour, qui sont environs quatre cents et proviennent de tous les continents. Lorsque l'intéressé décide de choisir un conseil ne faisant pas partie de ladite liste, la désignation sera acceptée uniquement si le professionnel remplit les mêmes critères de compétence et d'aptitude demandés pour l'inscription sur la liste, à laquelle il doit donc accepter et demander d'être admis. Or, les critiques ont concerné surtout la condition liée à l'inscription sur cette liste et ont donc focalisé l'attention sur un aspect purement formel du problème, tel que l'inscription préalable ; en effet, les détracteurs du système d'aide légale de la Cour contestent l'obligation de l'inscription sur une liste tenue par le Greffe, demandant l'institution d'un organe indépendant et extérieur à la Cour avec l'autorité de désigner les conseils sur la base d'autres critères. En effet, même si cela semble une contestation fondée, dans la mesure où elle met en cause et vise à préserver l'indépendance des conseils, il s'agit en réalité d'un argument faible qui s'appuie uniquement sur un simple élément technique, à savoir l'inscription sur ladite liste.

Nous retenons qu'un conseil vraiment compétent, indiqué pour plaider devant une juridiction n'ayant rien à voir avec les tribunaux et les cours nationales, n'aurait pas de difficultés ni d'objections à être admis sur la liste des conseils de la Cour, qui se compose de professionnels qui continuent à rester extérieurs et indépendants. En réalité, les contestations nous semblent plutôt dissimuler un autre but, *i.e.* permettre l'accès à la Cour de conseils qui n'ont pas les qualités pour un travail si particulier. En effet, les quatre critères qu'un conseil doit remplir pour être admis à plaider devant la Cour correspondent à des qualités minimales très simples - compte tenu du type d'activité professionnelle très spécifique -, qui certainement n'ont pas pour vocation de réduire les garanties pour un accès à cette profession ; lesdits critères sont : la compétence reconnue en droit international ou en droit pénal et en matière de procédures ; au moins dix années d'expérience du procès pénal en exerçant des fonctions de juge, de procureur, d'avocat, ou quelque autre fonction

¹¹⁰⁴A.-A. MBAYE/S.-S. SHOAMANESH, *op. cit.*, p. 1277.

analogue ; une excellente connaissance d'au moins une des langues de travail de la Cour, l'anglais et le français, qui doit être parlée couramment ¹¹⁰⁵; aucune condamnation pour des infractions criminelles ou disciplinaires graves considérées incompatibles avec la nature des fonctions qui sont celles du conseil devant la Cour¹¹⁰⁶.

Cela étant dit, l'assistance légale prêtée par un conseil incompetent par rapport à ces qualités minimales permettant l'admission sur ladite liste ne donnera pas l'assurance de rendre une prestation professionnelle de qualité – compte tenu de la spécificité d'une juridiction comme la C.P.I. -, même lorsque le professionnel est bien estimé par son propre Barreau d'origine et qu'il jouit de grande considération en vertu de sa compétence reconnue sur le plan national. Une telle assistance légale ne serait qu'une véritable violation du droit à la défense et une négation du droit à la justice¹¹⁰⁷. En conclusion, selon notre point de vue, les critiques concernant la violation présumée du droit au libre choix du conseil au sein du système de la Cour n'ont pas de fondement, au contraire, par sa réglementation, la Cour protège et assure l'effectivité du droit à la défense.

2. L'art. 55 (2)(d) : le droit au conseil pendant l'interrogatoire

La personne peut toujours renoncer à son droit à être assistée pendant l'interrogatoire, mais lorsque le conseil est présent, il lui est demandé de fournir une assistance effective et non simplement formelle (a). L'assistance légale dans la phase qui précède les débats n'est nécessaire uniquement qu'au moment de l'interrogatoire du suspect, mais surtout lorsqu'il se vérifie une occasion unique, comme l'interrogatoire d'un témoin, pour obtenir des éléments de preuve. Dans ce cas, puisqu'il s'agit d'un moment qui ne se présentera plus par la suite, la présence du conseil permettra au suspect de jouir des mêmes garanties offertes que lorsque la formation de la preuve se réalise au prétoire (b).

a. La familiarisation du conseil avec l'affaire

Dans le cadre d'une procédure devant la C.P.I., avant l'arrestation ou avant d'être soumise à un interrogatoire - conduit aussi bien par le Procureur que par les autorités compétentes nationales

¹¹⁰⁵ Par contre, l'art. 44 du Statut du T.P.I.Y. a conféré au Greffier la faculté de déroger au critère de la langue pour la validité de la désignation du conseil.

¹¹⁰⁶ C.P.I., règle 22(1) et norme 67 R.C.

¹¹⁰⁷ Des situations pareilles peuvent parfois s'expliquer par des raisons autres que la compétence, puisque cette catégorie professionnelle est considérée par certains comme une lobby puissante au niveau national, régie par des règles qui ne sont pas forcément méritocratiques mais qui s'appuient plutôt d'autres critères comme le népotisme.

de l'Etat coopérant dans le cadre du Chapitre IX du Statut –, la personne doit être informée qu'elle est titulaire de certains droits et qu'elle sera respectée dans ses droits. Nous ajoutons que, dès qu'elle se trouve face à l'autorité judiciaire, la personne jouit du droit de connaître singulièrement tous ses droits, dont le premier est celui à être assistée par un conseil¹¹⁰⁸. En effet, pendant certaines phases très délicates de l'enquête, comme l'interrogatoire ou l'arrestation provisoire, la personne suspectée nécessite plus que jamais de l'assistance d'un défenseur, puisqu'il s'agit de situations dans lesquelles la personne qui est simplement suspectée d'avoir commis un crime relevant de la compétence de la C.P.I. présente plus de vulnérabilité par rapport à l'accusé, qui jouit de droits spécifiques en raison de sa qualité plus définie. Pendant l'enquête, le suspect qui doit être interrogé n'est pas encore soumis au régime judiciaire proprement dit, étant encore une personne libre et dépourvue de toute inculpation formelle : pour cela le principe de la présomption d'innocence est encore plus vulnérable pour le suspect que pour l'accusé¹¹⁰⁹.

Le droit à être interrogée en présence d'un conseil impose que celui-ci soit choisi et désigné par la personne ou commis d'office « *à moins qu'elle n'ait renoncé volontairement à son droit d'être assistée d'un conseil* »¹¹¹⁰, ce qui n'était pas formellement prévu au sein des Tribunaux *ad hoc*. La renonciation peut être faite et peut être également révoquée à n'importe quelle phase de l'interrogatoire, qui est interrompu si la personne décide de révoquer sa renonciation et demande la présence d'un conseil pour la suite de l'interrogatoire. Toutefois, afin que la renonciation soit valable formellement, elle doit être consignée dans le procès-verbal et, si possible, sous forme d'enregistrement sonore ou vidéo¹¹¹¹ ; alors que, afin qu'elle soit valable au fond, la renonciation doit se présenter comme non équivoque, faite en connaissance de cause et de plein gré¹¹¹². En dehors de la renonciation volontaire, le Statut de Rome semble donc vouloir interdire l'interrogatoire du suspect en l'absence d'un conseil.

L'alinéa c) est strictement lié à l'alinéa d) du paragraphe 2 de l'art. 55, puisque la présence d'un conseil est presque constamment exigée, aussi bien avant que pendant l'interrogatoire. De surcroît, les fonctions du conseil désigné ne se terminent pas à la fin de l'interrogatoire, à moins que le suspect, après l'interrogatoire, renonce volontairement ou décide de nommer un nouveau conseil.

¹¹⁰⁸ Un droit déjà reconnu devant les T.P.I., voy. l'art. 18(3) du Statut du T.P.I.Y. et l'article analogue du Statut du T.P.I.R.

¹¹⁰⁹ J. HEINE (dir.), *Fair Trial Manual*, Second edition, *op. cit.*, pp. 43 et s.

¹¹¹⁰ *Ibid.*, art. 55(2)(d).

¹¹¹¹ *Ibid.*, règle 112(1)(b).

¹¹¹² T.P.I.Y., *Le Procureur v. Zejnil Delalic Zdravko Mucic alias "Pavo" Hazim Delic Esad Landzo alias "Zenga"*, Chambre de première instance, Décision relative à l'exception préjudicielle aux fins d'irrecevabilité et de restitution d'éléments de preuve et autres éléments saisis de l'accusé Zejnil Delalic, 9 octobre 1996, IT-96-21, § 13.

Toutefois, le droit de consulter le conseil avant l'interrogatoire n'est pas spécifiquement mentionné par l'art. 55. A la lumière de l'ampleur de la protection légale offerte par la combinaison des alinéas c) et d), il faut retenir que la phase qui précède l'interrogatoire fait partie du laps de temps où la présence d'un conseil est requise. Dans cette fraction de temps, en fait, un colloque préliminaire avec l'avocat se révèle indispensable afin de décider d'un commun accord la stratégie la plus appropriée ou pour permettre que l'avocat et son client fassent connaissance, surtout s'il a été nommé dans un délai insuffisant ou très réduit pour gagner complètement la confiance de son client et choisir ensemble la stratégie à suivre; il peut s'agir d'un conseil nommé d'office ou directement par la personne, mais ce qui compte est que celle-ci et son avocat aient la possibilité de se familiariser entre eux et que tous les deux puissent se familiariser avec l'affaire. En effet, le Statut impose une assistance qui ne soit pas simplement formelle, mais effective et dynamique, où le travail du conseil consiste à faire comprendre au suspect la situation, à lui suggérer le comportement le plus approprié et à le prévenir de toute conséquence envisageable lors de son audition.

La familiarisation avec le dossier dans la phase de l'enquête, en l'absence de documents officiels disponibles pour la défense, est bien différente de la familiarisation demandée au cours du procès, une phase où le conseil doit littéralement maîtriser le dossier, la méconnaissance des actes qui le composent étant une violation irrémédiable du droit de l'accusé à un conseil compétent. En effet, la méconnaissance coupable du dossier de la part du conseil constitue une infraction de l'éthique professionnelle et une violation du « contrat » conclut avec son client, avec des possibles conséquences économiques en termes de responsabilité civile ; le manque de préparation du dossier de la part du conseil constitue une infraction tellement grave des droits de la défense qu'elle peut entraîner comme conséquence extrême l'invalidation de la procédure toute entière, surtout s'il résulte que, par son comportement, le conseil a privé son client d'une défense effective. En revanche, dans la phase prodromique au procès, la familiarisation du conseil avec l'affaire signifie prendre connaissance de la plupart des informations disponibles – telles que les faits allégués, les charges retenues et ainsi de suite - auxquelles aussi bien le suspect que son conseil ont le droit d'avoir accès.

b. La présence du conseil dans le recueil anticipé de la preuve

Il y a des moments de l'enquête où le suspect est assimilé à l'accusé et jouit donc de droits analogues en matière de contradictoire. Il s'agit d'une protection qui s'applique à toute occasion considérée « unique », où il s'avère nécessaire recueillir un témoignage ou une déposition,

examiner, ressembler ou vérifier des éléments de preuve qui ne seraient plus disponibles par la suite¹¹¹³. Il s'agit d'occasions qui sont offertes une seule fois, puisqu'elles ne se présenteront plus à cause de leur caractéristiques particulières ; dans ces situations, certaines opérations probatoires ne peuvent pas attendre le siège physique pour la formation de la preuve, à savoir les débats¹¹¹⁴. Il peut s'agir d'effectuer dès que possible des expertises, des relevés techniques ou des analyses scientifiques qui ne peuvent plus être ni renouvelés ni reportés, ou d'interroger un témoin dont l'interrogatoire ne peut être différé, car ses conditions de santé font présager sa mort avant le procès.

Tout en laissant le débat être le siège naturel de la formation de la preuve, pour préserver les moyens de preuve en vue du procès, le Procureur peut, dans le respect des droits de l'accusé, retenir cette procédure comme nécessaire lorsqu'il estime que, selon toute probabilité, la preuve ne pourra plus être recueillie valablement par la suite ou ne pourra plus être recueillie du tout par la suite¹¹¹⁵. Cette procédure exceptionnelle confirme le rôle prédominant du Procureur dans la phase de l'enquête. En effet, le Procureur constate l'existence de ces occasions uniques et a le pouvoir de demander cette procédure exceptionnelle¹¹¹⁶. En même temps, c'est à lui qu'incombe la responsabilité de gérer les embûches liées à ces situations particulières. Autrement dit, il doit se faire garant de l'efficacité et de l'intégrité de la procédure et, une fois qu'il a reconnu qu'il s'agit d'un cas ou d'une occasion unique pour recueillir correctement et valablement tout renseignement nécessaire pour les investigations, il doit demander à la Chambre préliminaire – l'organe compétent dans cette phase - de bien vouloir assurer toute mesure nécessaire à l'accomplissement correct de la procédure requise. En d'autres termes, le Procureur demande à la Chambre préliminaire de contrôler ses propres actes. Le Statut de Rome attribue exceptionnellement à la Chambre préliminaire les fonctions typiques de la Chambre de première instance en matière de formation de la preuve, quand il s'agit d'actes non renouvelables, lorsque l'acquisition des moyens de preuve

¹¹¹³ C.P.I., art. 56.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, règles 47(2) et 114.

¹¹¹⁵ *Ibid.*, règle 47(2).

¹¹¹⁶ En réalité, il n'est pas clair si la défense jouit du même pouvoir au cours de l'enquête parallèle menée par elle-même, mais, dans le respect de certaines garanties, il faut retenir que oui, même si la défense a des pouvoirs très réduits en matière d'enquête. D'une nature différente est le problème lié à la possibilité de demander au Procureur le rassemblement des preuves dans les mêmes conditions, à savoir il n'est pas claire si, aux cours de l'enquête, la défense peut donner une impulsion aux investigations menées par le Procureur, dans le sens de suggérer de recueillir des éléments de preuve considérés pertinents pour la défense et dont l'acquisition au cours du procès serait en risque. Il faut reconnaître que la normative statutaire est plutôt lacunaire à cet égard. Autre problème encore est, enfin, celui concernant la possibilité de contester l'obstination de l'accusation qui a décidé de ne pas accueillir la demande de la défense. A cet égard, il faut toujours tenir compte du fait que la dialectique entre les parties se réalise pendant le procès et que, donc, au cour de l'enquête le Procureur jouit d'une autonomie d'action considérable. D'autre part, le fait de considérer le Procureur de la C.P.I. un organe de justice qui enquête également à décharge devrait permettre une certaine interaction entre les deux parties également dans la phase qui précède le procès, afin de préserver et faire valoir les droits dont jouit la personne suspectée.

s'accomplit dans un contexte étranger à la phase naturelle du débat. Dans ce cas, le rôle de la Chambre préliminaire est de veiller au respect des règles procédurales et des garanties de la défense. En particulier, le rôle de cette Chambre est de garantir le contradictoire et d'aider toute personne soumise à une procédure à préserver et présenter les éléments de preuve à décharge

Dans sa qualité d'organe de garantie, le Procureur demande donc à la Chambre préliminaire de « *prendre toutes mesures propres à assurer l'efficacité et l'intégrité de la procédure* », mais surtout de « *protéger les droits de la défense* »¹¹¹⁷; à cette fin, la Chambre devra tenir compte « *notamment de la valeur probante de cet élément de preuve et de la possibilité qu'il nuise à l'équité du procès ou à une évaluation équitable de la déposition d'un témoin* »¹¹¹⁸. Parmi les autres mesures, la Chambre peut autoriser le conseil de la personne arrêtée ou comparue sur citation à participer à la procédure et, si celle-ci n'a pas encore choisi son défenseur, la Chambre peut désigner un conseil avec la tâche de représenter la personne et protéger ses intérêts¹¹¹⁹. En réalité, la formulation de l'art. 56 (1)(b) ne semble pas très claire, dans la mesure où elle semblerait exclure un pouvoir autonome de la Chambre préliminaire d'adopter toute mesure nécessaire pour recueillir ou préserver les éléments de preuve¹¹²⁰; en effet, la dictée littérale de l'article semble vouloir lier cette fonction de garantie uniquement « *à la demande du Procureur* »¹¹²¹. Pour contrebalancer cette incertitude, le paragraphe 3) reconnaît à la Chambre préliminaire un pouvoir d'initiative autonome en matière de mesures même quand elles n'ont pas été demandées par le Procureur, toutes les fois qu'elle estime que certaines mesures s'avèrent « *nécessaires pour préserver des éléments de preuve qu'elle juge essentiels pour la défense au cours du procès* »¹¹²². Pour renforcer ce pouvoir, la disposition statutaire impose au Procureur de justifier à la Chambre sa décision de ne pas demander lesdites mesures, car c'est en manque de « *bonnes raisons* » que le pouvoir d'initiative de la Chambre préliminaire s'active.

La présence active de la défense assure l'efficacité et l'intégrité de la procédure au moment de l'acquisition de la preuve au cours de l'enquête. De cette manière, tout renseignement ou déposition sera recueillie dans les mêmes conditions et avec les mêmes garanties prévues au cours des débats. D'une part, il faut reconnaître que cette procédure sert principalement à garantir d'ores et déjà le respect des droits de la défense, dont la violation ne pourra plus être contestée au cours du

¹¹¹⁷ C.P.I., art. 56(1)(b).

¹¹¹⁸ *Ibid.*, art. 69(4).

¹¹¹⁹ *Ibid.*, art. 56(2)(d).

¹¹²⁰ *Ibid.*, art. 56(2)(f).

¹¹²¹ *Ibid.*, art. 56(1)(b).

¹¹²² *Ibid.*, art. 56(3)(a).

procès ; mais, d'autre part, il s'agit également d'une précaution qui garantira à l'avenir l'accusation contre toute possible contestation de la part de la défense et tout risque d'invalidation successive des actes non renouvelables accomplis pendant l'investigation. Dans cette phase éloignée du procès, l'identification du suspect peut ne pas encore être certaine, mais si le suspect a déjà été identifié, arrêté ou s'il a comparu sur citation, le Procureur doit l'informer et doit l'entendre à cet égard¹¹²³.

Section II. L'article 67 : les droits propres à la personne accusée

Selon l'art. 67, l'accusé « [...] a droit, en pleine égalité, au moins aux garanties suivantes [...]] ». A notre avis, il ne s'agit pas d'une simple variation formelle du même concept exprimé par l'art. 55, qui affirme que « [...] la personne a de plus les droits suivants [...] » , car il y a une différence substantielle entre les deux formulations statutaires. Bien que le choix d'une expression négative pour l'accusé, « au moins », et positive pour le suspect, « de plus », puisse faire penser *prima facie* à une réduction des garanties pour l'accusé, au contraire l'art. 67 donne une protection plus étendue, puisque en fait sa formulation ne pose pas de limites à l'arsenal des droits attribués à l'accusé. L'art. 67 étend le périmètre des garanties, dans la mesure où il établit le *minimum minimorum* des droits à respecter au-dessous duquel il n'y a pas de garanties suffisantes pour l'accusé. En même temps, l'article ne fixe pas de limites au-dessus de l'énumération indiquée, alors que, dans la comparaison avec l'art. 55 – qui donne aux garanties énoncées un paramètre positif, « de plus » - celui-ci semble vouloir mettre un barrage à l'éventail des droits offerts.

L'art. 67 est donc le noyau de garanties minimales, dont l'essence est celle de donner une énumération de base de droits fondamentaux pour l'accusé, susceptible d'interprétation et application évolutive. La lettre et la portée substantielle de l'article permettent donc d'ajouter d'autres droits qui ne résultent guère dans le texte de l'article ni dans la règle statutaire dans son ensemble, avec comme conséquence que l'accès aux garanties ne rencontrera pas de limite ni en nombre ni en qualité. La sphère de protection que l'art. 67 donne à l'accusé est donc susceptible d'intégration par des garanties supplémentaires provenant d'autres dispositions du Statut, des autres textes fondamentaux de la Cour, mais également des sources externes, telles que les standards des droits de l'homme internationalement reconnus en la matière, auxquels le Statut fait référence explicite dans l'art. 21. Dans cette perspective, un aspect spécifique de l'art. 67 est que le paragraphe 1) prescrit des garanties générales attachées au procès, qui est le contexte où la personne vient se trouver lorsqu'elle acquiert le statut d'accusé (§ 1). Il s'agit d'une partie introductive qui

¹¹²³ *Ibid.*, art. 56(1)(c).

anticipe l'énumération de garanties individuelles, à savoir de droits qui sont directement attachés à la personne accusée (§ 2).

§ 1. Les garanties générales ancrées au procès

Les garanties procédurales que le Statut de Rome attribue à l'accusé concernent *in primis* le caractère du procès devant la Cour, qui doit être impartial, équitable, public et conduit en pleine égalité (A). Mais, le procès n'est pas une réalité cristallisée, immuable ou incontestable de la part de l'accusé, le résultats des débats pouvant toujours faire l'objet de recours en appel ou, le cas échéant, de révision (B).

A. Le contrôle sur l'équité procédurale

Qu'est-ce que l'on entend par procès équitable¹¹²⁴? La procédure devant la Cour est-elle réellement équitable ? Il n'est pas possible d'aborder la thématique des droits de l'accusé sans analyser le droit à un procès équitable, puisque le respect des droits de l'accusé demande d'abord une procédure équitable¹¹²⁵. Le Statut de Rome ne consacre pas un article précis au droit à un procès équitable, mais l'expression est utilisée dans le texte à plusieurs reprises et le paragraphe 1) de l'art. 67 mentionne le droit de l'accusé à ce que sa cause soit entendue « équitablement » (1) et « publiquement » (2), puisque la vérification de l'équité incombe à la communauté internationale, le témoin principal de la justice de La Haye.

1. Le droit à un procès équitable

La notion de procès équitable n'est pas une prérogative du domaine pénal, puisqu'elle comprend également le procès civil. De même, la garantie d'un procès équitable n'est pas non plus une prérogative de l'accusé, puisque le principe s'étend à toutes les parties, à savoir à l'accusation, aux témoins et aux victimes (a). Ce n'est pas par hasard si l'ampleur de la notion facilite l'absence d'une définition précise de ce que l'on indique par l'expression « procès équitable ». Les droits de l'accusé sont englobés dans la notion générale et dynamique de procès équitable, dans la mesure où

¹¹²⁴ L'expression fut utilisée pour la première fois en 1354 dans le Statut promulgué par Edouard III, cf. J.-M. GORA, *Due process of law*, National Textbook Co. And American Civil Liberties Union, New York, 1979, p. 10 et s.

¹¹²⁵ F. QUILLERE-MAJZOUB, *La défense du droit à un procès équitable*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 22 et s.

le respect des garanties de la défense contribue à assurer le déroulement équitable de la procédure¹¹²⁶, même s'il n'y a pas d'équipollence entre les deux notions (b).

a. Un droit englobant

i. Un droit prodromique aux droits de l'accusé

Le concept d'« équitable » est mentionné sous plusieurs formes et à plusieurs reprises dans le Statut de Rome, dans plusieurs articles et parfois, plusieurs fois dans le cadre du même article ; cela émerge surtout dans le cœur des dispositions statutaires sur les droits spécifiques de la défense¹¹²⁷, qui font partie intégrante de la notion plus générale de procès équitable. En l'espèce, la jurisprudence de la C.P.I. a affirmé que la perturbation de la procédure par une violation des droits de la défense rend « impossible de réunir les éléments constitutifs d'un procès équitable »¹¹²⁸. En effet, considérés dans leur ensemble, le droit à un procès équitable et les droits de l'accusé appartiennent à une catégorie de droits d'un niveau et d'une importance très élevés, étant des droits incontournables pour la vie des individus et des citoyens, dont nous avons vu que les racines historiques sont très profondes¹¹²⁹. Toutefois, malgré la corrélation stricte entre procès équitable et droits de l'accusé, il existe une différence entre les deux notions qui dépasse largement la dimension terminologique, dans la mesure où les droits de l'accusé se croisent, en se fondant avec le procès équitable. Pour cette raison, afin de mieux comprendre la dynamique des droits de la défense, il faut partir de cette notion générale, flexible, universelle et en évolution continue¹¹³⁰.

Le droit à un procès équitable est une formule qui a son fondement dans les droits civils modernes et qui, en tant que droit inhérent à la personne humaine, a la même valeur que certains droits fondamentaux comme le droit de manifester librement sa propre opinion ou le droit à la vie. Dans le cadre du procès pénal, il est bien possible qu'un accusé soit réellement coupable, mais qu'il

¹¹²⁶ J.-L. CHARRIER, *op. cit.*, p. 76 et s.

¹¹²⁷ Voy. : art. 55 (1)(c) « ... exigences de l'équité ... » ; art. 56 (1)(b) « ... l'efficacité et l'intégrité de la procédure ... » ; art. 64 (2) « ... le procès soit conduit de façon équitable ... », (3)(c) « ... procédures utiles à la conduite équitable et diligente de l'instance ... », (4) « ... fonctionnement efficace et équitable ... », (8) « ... conduite d'une manière équitable et impartiale ... » ; art. 67 « ... équitablement et de façon impartiale ... » ; art. 68(1) « ... procès équitable et impartial ... », (3)(5) « ... exigences d'un procès équitable et impartial ... » ; art. 69 (4) « ... équité du procès... ».

¹¹²⁸ C.P.I., *Situation en République Démocratique du Congo, Le Procureur v. T. Lubanga Dyilo*, Chambre d'appel, 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, 14 décembre 2006, ICC-01/04-01/06-772-tFRA, § 39.

¹¹²⁹ A. CASSESE, *I Diritti Umani Oggi*, *op. cit.*, pp. 3 s.; Y. ATTAL-GALY, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, L.G.D.J., Paris, 2003, 407 et s.

¹¹³⁰ G. VASSALLI, *Il giusto processo. La genesi e la storia*, in *Il giusto processo*, 2002, p. 20 et s.; D. LIAKOPOULOS, *op. cit.*, p. 2-3; quant à la portée universelle du droit à un procès équitable, voy., C. ZANGHI, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 20 et s.

résulte de l'iniquité du procès une condamnation injuste¹¹³¹. L'acquittement peut aussi intervenir suite à un procès inéquitable, mais il s'agit d'un résultat qui évidemment ne nuira pas à l'individu, mais plutôt au bon ordonnancement de la justice. A cause des conséquences produites par la violation, ce qui pose des problèmes est donc la condamnation faisant suite à un procès inéquitable. Le procès équitable compte donc parmi les droits de l'homme les plus importants – si l'on peut se permettre une classification des droits de l'homme –, par conséquent sa violation marquera une violation grave des droits de l'homme¹¹³². En effet, le procès équitable suit les principes de rang constitutionnel universellement reconnus et appliqués grâce surtout à l'interprétation que font de la notion les juridictions sur les droits de l'homme, auxquelles la justice pénale internationale se conforme¹¹³³. S'agissant d'une véritable privation de justice, la violation du droit à un procès équitable est considérée par certains comme la violation la plus grave du droit international des droits de l'homme de la part d'un Etat, étant la négation de l'état de droit.

ii. La coexistence de plusieurs intérêts en équilibre

Dans le domaine pénal international, le procès équitable signifie un procès respectueux des standards établis pour le procès pénal et en général, pour une justice régulière¹¹³⁴. Mais la notion n'est pas si simple à comprendre et pose une problématique consistant à mettre en exergue la dimension exacte d'une notion qui demeure très ample, puisque les règles du procès équitable ne sont pas établies uniquement en faveur de l'accusé et, comme nous l'avons dit, ne concernent pas uniquement le procès pénal¹¹³⁵. La portée étendue de la notion demeure dans la pluralité d'intérêts

¹¹³¹ Au concept se lient plusieurs droits garantis par la C.E.D.H., à savoir: l'art. 5 sur la liberté personnelle; l'art. 3 sur l'interdiction de toute forme de torture ou traitement inhumain et dégradant surtout à l'occasion d'interrogatoires ou pendant la détention provisoire; l'art. 8 qui, pendant les investigations, protège la personne suspectée de toute intrusion dans la vie privée et familiale. S'agissant d'un caractère fondamental du procès, la notion est souvent indiquée comme un droit, même s'il peut s'apprécier comme un véritable principe. Dans cette perspective, voy. la notion de procès équitable dans le cadre général des documents fondamentaux des droits de l'homme, à savoir: la D.U.D.H., articles: 5, 7, 8, 9, 10, 11; le P.I.D.C.P., articles: 6, 7, 9, 10, 14, 15; la C.E.D.H., articles: 3, 5, 6, 7; la C.A.D.H., articles: 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 24, 25; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, articles: 2, 4, 5, 20, 47, 48, 49.

¹¹³² Voy. M.-O. MAURIZE (dir.), *Au-delà de l'Etat. Le droit international et la défense des droits de l'homme*, Amnesty International, Puvrez S. A., Bruxelles, 1992, pp. 150-167; N. DERHY, « Le droit à un procès équitable et l'indépendance de la justice », in Amnesty International, *Protéger les droits humains*, LITEC, Paris, 2003, pp. 163-176.

¹¹³³ A. CASSESE, "L'influence de la C.E.D.H. sur l'activité des Tribunaux Pénaux Internationaux", in A. CASSESE/M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, op. cit., p. 143 et s.; A. CASSESE, *International criminal law*, op. cit., pp. 371-372; A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale. II. Diritto processuale*, op. cit., pp. 101-109; C. J. M. SAFFERLING, op. cit., pp. 241-250; W.-A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 143 s.

¹¹³⁴ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Blaskic*, Décision de la Chambre de première instance I sur les requêtes du Procureur en date du 24 juin et du 30 août 1996 en matière de protection des témoins, 3 octobre 1996, IT-95-14-T, p. 4.

¹¹³⁵ Voy. L. GRADONI, « International Criminal Courts and Tribunals: Bound by Human Rights Norms...or Tied Down? », *L.J.I.L.*, 2006, p. 847; N. JAYAWICKRAMA, *The Judicial Application of Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 527 et s.

¹¹³⁶ Les garanties offertes par une procédure équitable peuvent se situer dans le cadre du procès civil, où il y a une contestation sur un droit ou une obligation de caractère civil, ou dans le cadre du procès pénal, lorsque le juge est amené

impliqués dans le concept de procès équitable, qui protège plusieurs garanties pour plusieurs parties. Dans cette réalité plurivalente, le procès devant la Cour permet l'accès à des protagonistes autres que l'accusé, tous à leur guise intéressés au respect d'une procédure garantissant le respect des droits propres à chacun. En effet, dans sa dimension polymorphe, le procès devant la C.P.I. présente des aspects provenant du procès civil, du fait de l'admission, à la différence des T.P.I., de la participation des victimes à la procédure et de leur attribution d'un rôle actif dans la recherche de la vérité. Devant la C.P.I., le procès équitable respecte les droits des victimes, qui néanmoins doivent se maintenir en équilibre avec les droits des témoins, de l'accusation et enfin de l'accusé.

La participation au procès de parties titulaires d'intérêts de nature civile, comme les victimes constituées, s'accompagne donc de la coexistence d'autres intérêts opposés, imposant la recherche d'un juste équilibre dans l'équité. Mais, au sein de cette coexistence, un intérêt abstrait plus général doit trouver sa place, l'intérêt de la justice, qui parfois peut demander le sacrifice d'intérêts particuliers. Dans cette perspective, les droits de l'accusé peuvent subir un préjudice du fait de l'adoption de mesures visant à protéger d'autres intérêts divergents, comme ceux des victimes. La Cour attribue à cette restriction un caractère d'exceptionnalité, obligeant à estimer attentivement la nécessité effective d'une telle restriction et à vérifier l'existence d'un rapport de proportionnalité entre l'intérêt à faire prévaloir et le droit à sacrifier. La mesure théorique serait le juste équilibre entre les deux, surtout lorsqu'il est demandé à l'accusé de sacrifier ses droits au nom de l'équité, mais il s'agit évidemment d'un critère guide qui se réalise par l'approximation¹¹³⁶.

b. Procès équitable et droits de l'accusé

i. L'absence d'une définition précise

Le mot équité a la même matrice étymologique que le mot égalité, remontant au XIII^e siècle et désignant l'appréciation juste et le respect de ce qui est dû à chaque individu. Dans le cadre judiciaire général, l'équité de la procédure est liée au concept d'égalité de tous devant la loi, le Statut de Rome, attribue à tout accusé le droit à jouir, « *en pleine égalité* », à un certain nombre de garanties¹¹³⁷ et selon la jurisprudence de la Cour, « *l'égalité devant la loi et l'administration de la justice est omniprésente dans l'ensemble du processus judiciaire. C'est un pilier de la justice, un*

à se prononcer sur le bien-fondé, en droit et en fait, d'une accusation en matière pénale et donc à infliger une sanction pénale. Voy. S. GUINCHARD/J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 380 et s.

¹¹³⁶ C.P.I., *Situation en RDC, Le Procureur v. G. Katanga et M. Ngudjolo Chui*, Chambre de première instance I, Ordonnance relative aux mesures de protection de certains témoins cités à comparaître par le Procureur et par la Chambre (règles 87 et 88 du Règlement de procédure et de preuve), 9 décembre 2009, ICC-01/04-01/07-1667-Red, §§ 8-13.

¹¹³⁷ C.P.I., art. 67(1).

principe fondamental du droit, comme le reconnaît la Cour internationale de Justice »¹¹³⁸. Sur la base de l'interprétation que la jurisprudence de Strasbourg donne de l'art. 6 de la C.E.D.H., le procès équitable se présente comme une situation juridictionnelle tout à fait particulière, qui protège l'individu dans tous les aspects de l'*iter* judiciaire et non simplement dans le cadre restreint du procès¹¹³⁹.

Mais, le concept de *fairness* est une *tabula rasa* où imprimer, selon l'interprétation de l'opérateur de droit, les poinçons qui composent la notion hétérogène de procès équitable. Toutefois, l'absence d'une définition précise de la notion n'a pas empêché la jurisprudence des droits de l'homme et des instances pénales internationales de se prononcer, en donnant leur apport interprétatif¹¹⁴⁰. Selon la Chambre d'appel du T.P.I.Y., le droit à un procès équitable remonte au droit international coutumier¹¹⁴¹. En ce qui concerne les critères fixant l'équité de la procédure, le texte du paragraphe 1) de l'article 67 du Statut de Rome semblerait faire transparaître la même orientation jurisprudentielle offerte par la Cour européenne des droits de l'homme, qui souligne le caractère évolutif et dynamique de la protection donnée par le droit à un procès équitable. D'ailleurs, l'article 67 a pour vocation uniquement d'indiquer une énumération minimale de droit qui, dans son ensemble, contribue à composer le procès équitable, qui ne peut être considérée exhaustive, étant toujours susceptible d'éventuelles intégrations de la part des différents opérateurs du droit.

¹¹³⁸ C.P.I., *Situation en RDC, Le Procureur v. T. Lubanga Dyilo*, Chambre d'appel, Op. individuelle concordante du juge Georgios M. Pikis, Décision relative à la demande d'autorisation du Procureur de répondre aux conclusions de la Défense en réponse au mémoire d'appel du Procureur, cit., § 6.

¹¹³⁹ F. MATSCHER, *L'equo processo nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *R.T.D.P.C.* (2006), p. 1155 et s.; J. VELU, *La Convention européenne des droits de l'homme et les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, in *Fundamental guarantess of the paryies in civil litigation*, Cappelletti, Tallon, Milano-New York, 1973, p. 325 et s.; D. HARRIS/M.-O'BOYLE/C. WARBRICK, *Law of the european Convention on human rights*, London-Dublin-Edinburgh, 1995, p. 198 et s.

¹¹⁴⁰ Bien qu'il n'y ait pas de référence formelle au procès équitable hors de l'article 6, celui-ci est décrit et garanti selon les mêmes principes par d'autres traités internationaux importants. En premier lieu, il faut signaler, dans cette optique interprétative d'intégration, surtout l'art. 14 du P.I.D.C.P.. En accord avec une interprétation élargie du concept de procès équitable, il y a le principe d'égalité devant la loi qui n'est pas mentionné dans les droits énumérés dans l'article 6 de la C.E.D.H. mais qui apparaît dans l'article 14 du P.I.D.C.P. Mais également l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, l'article 8 de la Convention américaine sur les droits de l'Homme, l'article 7 de l'analogue Charte africaine, l'article 19 de la Déclaration islamique (1990), les articles 47, 48 et 50 de la Charte de Nice sur les droits fondamentaux de l'Union Européenne, et enfin les articles II-107, II-108 et II-110 du Traité adopté pour une Constitution Européenne (Charte de Nice, 2004).

¹¹⁴¹ T.P.I.Y., *The Prosecutor v. Aleksovski*, Appeals Chamber, Judgment, 24 March 2000, IT 95-14/1-A, § 104; sur le point voy. également la doctrine, J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 6th edition, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 659; G. Sluiter, « International Criminal Proceedings and the Protection of Human Rights » (2002-2003) *37 New England Law Review* 935, p. 937; A. Cassese, « L'influence de la CEDH sur l'activité des tribunaux pénaux internationaux », in A. CASSESE/M. DELMAS-MARTY (éd.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Presses Universitaires de France, Paris, 2002, pp. 143-144; M.-N. SHAW, *International Law*, 5th edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 1198; P. VAN DIJK/F. VAN HOOF, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer law international, The Hague, 1998, p. 451 et s.

En effet, malgré les exigences liées au principe de sécurité du droit, le support normatif – que ce soit le Statut de Rome ou la C.E.D.H. – est conçu en termes de droit vivant, qui se conforme aux circonstances particulières qui, chaque fois, permet à l'application et à l'interprétation jurisprudentielle de demander à l'énonciation théorique une protection effective, au nom du respect prioritaire de la dignité de la personne humaine¹¹⁴². La notion de procès équitable exprime donc un concept qui ne doit pas être lu dans un sens restrictif puisqu'il va au-delà des standards indiqués sur le plan formel. Dans cette perspective, le juge est le contrôleur arbitral du caractère équitable de la procédure ; cette orientation a été confirmée à partir de l'affaire *Tadić*¹¹⁴³ et la même interprétation a été adoptée ensuite par le T.P.I.R. ; selon ladite orientation, dans le cadre du procès équitable, le juge remplit la tâche aussi bien d'arbitre que d'organisateur du procès équitable au-delà des débats. En modérant le contradictoire, il donne aux parties des instructions concernant la présentation des moyens de preuve et gère tout dépassement des garanties fondamentales. Du fait du manque de contours définis de la notion, il incombe au juge de délimiter les traits distinctifs de l'équité, dans sa fonction de garant de l'équité pendant la procédure toute entière¹¹⁴⁴.

ii. La démarcation entre procès équitable et droits de l'accusé

Il y a un lien strict entre procès équitable et droits de l'accusé, l'un étant lié à l'autre indissolublement, même s'il n'existe pas d'équivalence entre les deux notions. Toutefois, nous retenons que l'on puisse envisager une sorte de supériorité du procès équitable – une primatie qui ne se mesure pas sur le terrain de l'importance -, lequel précède toujours les droits de l'accusé, dans la mesure où les droits de l'accusé ne peuvent être conçus que dans le cadre d'un procès équitable qui tienne compte de toutes les parties. Le respect du droit à l'audition des témoins et au contre-interrogatoire n'a pas de sens si l'organe juridictionnel n'est pas impartial à l'égard de toutes les parties. D'ailleurs, la notion de procès équitable s'étend aux garanties de la défense tantôt procédurales tantôt substantielles. Selon cette clé de lecture, il peut bien s'avérer que, malgré le respect des garanties procédurales de l'accusé, la procédure appliquée soit encore inéquitable, parce qu'elle néglige les intérêts des autres parties. En termes théoriques, on peut également être en présence d'un procès équitable même lorsque les droits de la défense ne sont pas complètement ou pas tous respectés ou restreints, tout en déplorant un procès équitable qui viole les droits de l'accusé. En d'autres mots, les droits de l'accusé imposent préalablement et de façon prioritaire le respect de l'équité, mais parfois il est également possible de parler de procès équitable. Dans la

¹¹⁴² A cet égard, C.E.D.H., *Stafford c. Royaume Uni*, arrêt du 8 mai 2002, ric. N. 46295/99, § 68.

¹¹⁴³ Lors de l'arrêt rendu suite à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, T.P.I.Y., *Le Procureur v. Dusko Tadić*, 2 Octobre 1995, IT-94-1-AR72.

¹¹⁴⁴ I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Kunarac*, Order on Defence Motion Pursuant to Rule 79, 22 mars 2000, IT-96-23/1, cit.

même optique, tous les vices procéduraux n'entraînent pas la nullité de la procédure toute entière, ne présentant pas tous le même niveau d'importance et de gravité. D'ailleurs, les garanties procédurales formalisées dans la Charte statutaire de la Cour n'expriment pas tout l'arsenal des droits dont l'accusé pourrait bénéficier. Le respect de droits imaginables n'est donc pas exigible.

En effet, conformément aux systèmes juridiques de la tradition orale qui influencent la procédure de la Cour, la procédure est toujours susceptible d'être perfectionnée, même au cours du procès, puisque les droits de l'accusé sculptent plus en détail la structure du procès, qui est continuellement forgé. Les règles du procès équitable donnent des directives générales de base incontournables et des instruments plus amples pour la validité du procès, alors que la violation de certains droits de la défense de moindre importance n'invalide pas forcément le procès, dans la mesure où des remèdes sont prévus pour réparer ou prévenir les préjudices que la violation de certains droits est destinée à produire à l'encontre du justiciable. En revanche, la violation de principes généraux comme la présomption d'innocence ou l'indépendance du juge anéantit le procès en le rendant nul, puisqu'il s'agit de violations tellement macroscopiques et intolérables qu'elles peuvent être relevées d'office par le juge, du fait des conséquences irréparables et insupportables qu'elles entraînent pour une société civile respectueuse des règles démocratiques et des droits fondamentaux de l'individu. Dans cette perspective, la violation des droits de l'accusé ne provoque pas forcément la mort du procès tout entier. Ainsi, la violation d'un droit procédural n'est pas toujours relevée d'office par le juge, puisqu'il incombe souvent à la défense de se battre, dans un certain délai, pour obtenir la réparation de la violation ou la nullité d'une procédure dépourvue de mesures de réparation adéquates et immédiates.

S'il est vrai que parfois les vices procéduraux peuvent entraîner la nullité de la procédure ou autoriser le recours en appel, plus fréquemment il y a la possibilité - s'il n'est pas trop tard - de trouver des remèdes à la violation d'un droit de la défense¹¹⁴⁵. Toutefois, il faut se demander si une observance paroxystique des droits de la défense - comme le fait de produire un nombre impressionnant d'éléments de preuve - ne provoque pas elle-même une violation de l'équité procédurale ou d'autres droits de l'accusé, comme le fait de provoquer des retards excessifs. Il est également vrai qu'une équité parfaite n'est exigible que théoriquement au sein du procès, étant un idéal doctrinal très éloigné de la pratique quotidienne de la salle d'audience. En matière d'équité de la procédure, le procès contre Lubanga a donné lieu à plusieurs contestations. Selon l'opinion de la défense et des juges eux-mêmes, le déroulement du procès n'aurait pas été respectueux des règles

¹¹⁴⁵ En matière de droits de l'accusé par rapport à la C.E.D.H., voy. S. Stavros, *The Guarantees for Accused Persons under Article 6 of the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1992, p. 144.

du procès équitable, au point que la querelle entre le Procureur et les juges a mis en crise la sérénité du procès à plusieurs reprises. Mais, d'autres contestations ont été soulevées également par les victimes, en vertu de la règle que le procès doit être juste à l'égard de toutes les parties participantes ; cette conception englobante révèle la délimitation entre le droit à un procès équitable et les droits de l'accusé, dont la portée est plus restreinte. La structure du procès devant la C.P.I, qui admet la participation des victimes, souligne particulièrement la délimitation entre procès équitable et droits de l'accusé.

2. Le droit à un procès public

Le dysfonctionnement du service public de la justice se matérialise également par la violation du droit de l'accusé à un procès public, la publicité des débats étant une qualité ultérieure du procès équitable, qui démontre que l'administration judiciaire de la Cour fonctionne sans arbitraire et en pleine transparence. Même la garantie de publicité est ancrée à des intérêts appartenant à plusieurs sujets différents et non uniquement à l'accusé (a), qui peut bien voir son droit sacrifié lorsque les circonstances l'exigent (b).

a. Un intérêt double

Devant la C.P.I. « *le procès est public* »¹¹⁴⁶ et, afin que la justice recherche équitablement la vérité, « *l'accusé a droit à ce que sa cause soit entendue publiquement* »¹¹⁴⁷. La garantie contre tout procès secret n'est pas assurée à l'accusé uniquement à travers sa présence dans la salle d'audience ou son accès au dossier mais également à travers la participation passive et indirecte du public, puisque le droit de l'accusé se réalise également à travers l'accès du public au procès¹¹⁴⁸. Le texte du Statut souligne le caractère péremptoire de la garantie de transparence des débats, qui révèle un intérêt double à la publicité, car il appartient aussi bien l'accusé qu'au public, surtout quand il s'agit de procès d'intérêt social et d'une certaine ampleur médiatique, comme ceux dont s'occupe la C.P.I., d'ailleurs « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* »¹¹⁴⁹. La jurisprudence des T.P.I. a insisté beaucoup sur cet aspect, puisque la garantie de publicité de la

¹¹⁴⁶ C.P.I., art. 64(7).

¹¹⁴⁷ *Ibid.*, art. 67(1).

¹¹⁴⁸ *Ibid.*, art. 63(2). A cet égard, cf. C.E.D.H., Arrêt *Schlumpf c. Suisse*, requête n° 29002/06, 8 janvier 2009.

¹¹⁴⁹ En matière de publicité, voy. jurisprudence sur les droits de l'homme : E.C.H.R., *DeCubber v Belgium*, Judgment 26 Octobre 1984, Series A No. 86, para. 26, sur la « *confidence which the court in a democratic society must inspire in the public and, above all, as far as criminal proceedings are concerned, in the accused* » ; European Court of Human Rights, *Campbell and Fell v UK*, Judgment 28 June 1984, Series A No. 80, para. 81.

procédure¹¹⁵⁰, surtout si appliquée à la justice pénale internationale, ne se limite pas à préserver le droit de l'accusé, mais également celui de la communauté internationale à être dûment informée à l'égard de procès concernant des violations importantes des droits de l'homme¹¹⁵¹. Donc les deux intérêts, du public et de l'accusé, ne sont pas séparés ni forcément contrastants, mais marchent conjointement et sont protégés dans la même mesure par le Statut de Rome.

Le caractère public du procès concerne indistinctement aussi bien le déroulement des débats que le jugement et ses motivations, toute restriction à cette divulgation devant être justifiée par la Chambre ; par conséquent, à moins qu'une disposition ne le prévoit ou que la Chambre ne dispose autrement, toutes les audiences devant la C.P.I. se tiennent en public¹¹⁵². Dans la pratique, la publicité se réalise par la participation des intéressés – accusé, particuliers, média, représentants d'organisations, autorités -, surtout par la présence physique et directe au moment où le procès se déroule ou même indirecte, c'est-à-dire par vidéo. A cet égard, le site électronique de la Cour permet la diffusion d'informations et la transmission audio-visuelle des audiences, qui sont différées de trente minutes¹¹⁵³. Au public est garantie une participation passive dans une galerie réservée, puisqu'il n'a jamais de droit d'intervention, alors que la participation de l'accusé peut être directe, lorsqu'il est dans la salle d'audience, ou indirecte, s'il suit le procès au dehors de la salle d'audience ; au-delà de son accès physique, ce qui doit être toujours garantie au justiciable est sa participation active et le droit d'intervenir et d'interagir à tout moment. Le caractère interactif du droit à la publicité des débats est le reflet de l'oralité du procès et donc de la composante accusatoire de la procédure mixte adoptée par la Cour, qui permet à l'accusé de vivre dynamiquement l'égalité des armes, contribuant concrètement à la recherche de la vérité, mais sans subir une justice sortant d'une procédure occultée aux tiers et à soi-même. Le procès n'est donc pas équitable lorsqu'il n'est pas public¹¹⁵⁴.

b. Les restrictions à la publicité

¹¹⁵⁰ T.P.I.Y., articles 64(7) et 67(1) et T.P.I.R., articles 20(4) et 21(2).

¹¹⁵¹ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Tadić*, Décision relative aux requêtes de la défense aux fins de citer à comparaître et de protéger les témoins à décharge et de présenter des témoignages par vidéoconférence, 25 juin 1996, IT-94-1-T, § 25. Le même intérêt à la réduction du droit à la publicité peut provenir de la défense pour protéger les témoins à décharge, voy. T.P.I.Y., [*même affaire*], Décision relative à la requête de la défense aux fins de protéger des témoins à décharge, 16 août 1996, § 14.

¹¹⁵² *Ibid.*, norme 20(1).

¹¹⁵³ Afin de fournir tout renseignement sur le déroulement de l'affaire de manière très ample, la Chambre de première instance tient régulièrement des conférences de mise en état, règle 132, et peut autoriser l'enregistrement audio et vidéo du procès à d'autres personnes que le Greffe, règle 137(3).

¹¹⁵⁴ C.P.I., *Le Procureur v. T. Lubanga Djilo*, Chambre de première instance, Transcription, 27 janvier 2009, ICC-01/04-01/06-T-109-FRA, p. 20.

La protection des identités des témoins et des victimes, particulièrement les mineurs, et la confidentialité de certains renseignements confidentiels justifient le manque de publicité, c'est l'exigence de l'équité qui l'impose¹¹⁵⁵. En effet, puisque la Cour doit tenir compte de toutes les parties participant au procès, elle peut ordonner l'expurgation de certaines informations confidentielles dont il faut éviter la divulgation ou peut prononcer le huis clos pour certaines audiences, afin de permettre la participation sans risques des témoins et des victimes au procès ou préserver tout renseignement sensible donné au cours d'une déposition¹¹⁵⁶. Dans l'intérêt des témoins, il est également possible de ne pas rendre publique l'une des décisions rendues par l'autorité judiciaire, ni les motivations de celle-ci¹¹⁵⁷; toutefois, c'est dans l'optique de la transparence que s'inscrit la règle imposant la publication, dans toutes les langues officielles de la Cour, des décisions réglant des questions fondamentales¹¹⁵⁸. Dans certains cas, le déroulement à huis clos est également possible dans l'intérêt de la justice, pour protéger la sécurité d'un Etat ou plus en général, pour des raisons de bonnes mœurs et d'ordre public. Le public et la presse sont donc exclus de la salle d'audience, mais la limitation à la publicité est permise dans la mesure jugée strictement nécessaire¹¹⁵⁹. De plus, les cas où la Chambre de première instance ordonne le huis clos se limitent à certaines audiences, ne pouvant s'étendre jamais au procès tout entier et, une fois décidé le huis clos, la Chambre donne publiquement les raisons de sa décision¹¹⁶⁰.

La C.E.D.H., souvent évoquée dans les décisions des T.P.I., a précisé que le droit au procès public n'est pas violé en présence du consentement de toutes les parties à la restriction de la publicité¹¹⁶¹. En outre, les personnes accusées de crimes internationaux ne devraient pas avoir trop d'intérêt à la publicité lorsqu'il s'agit de révéler dans les détails des événements qui frappent la conscience collective. Par rapport à la révélation publique de la vérité judiciaire, toute exception à

¹¹⁵⁵ C.P.I., art. 68(2), "Par exception au principe de la publicité des débats énoncé à l'article 67, les Chambres de la Cour peuvent, pour protéger les victimes et les témoins ou un accusé, ordonner le huis clos pour une partie quelconque de la procédure ou permettre que les dépositions soient recueillies par des moyens électroniques ou autres moyens spéciaux. Ces mesures sont appliquées en particulier à l'égard d'une victime de violences sexuelles ou d'un enfant qui est victime ou témoin, à moins que la Cour n'en décide autrement compte tenu de toutes les circonstances, en particulier des vues de la victime ou du témoin".

¹¹⁵⁶ *Ibid.*, art. 64(7).

¹¹⁵⁷ Voy. T.P.I.Y., *Le Procureur v. Meakic*, Ordonnance aux fins de mesures de protection, 29 mars 2000, IT-95-8; T.P.I.Y., *Le Procureur v. Jelisic*, Ordonnance aux fins d'accorder des mesures de protection, 18 déc. 1998, IT-96-10; T.P.I.Y., *Le Procureur v. Celebici*, Ordonnance relative à la requête aux fins de mesures de protection pour le témoin désigné par le pseudonyme DB.1, 29 mai 1998, IT-96-21; I.C.T.R., *Le Procureur v. Kajelijeli*, Decision on Prosecutor's Motion for Non-disclosure to the Public of Records Pursuant to Rule 69 and 75 of the Rule, 30 juillet 2001, ICTR-98-44.

¹¹⁵⁸ C.P.I., règle 40.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, art. 68(2) et règles 87(3), 88(2) et 72(2).

¹¹⁶⁰ *Ibid.*, norme 20(2).

¹¹⁶¹ Voy. C.E.D.H., *Albert et Le Compte c. Belgique*, arrêt du 10 février 1983, Série A, No 58, § 35; C.E.D.H., *Hakansson c. Suède*, arrêt de 1990, Série A, No 171, § 66. En l'espèce voy. L. PINESCHI (dir.), *La tutela internazionale dei diritti umani*, Giuffrè Editore, Milano 2006, p. 474.

la règle de la publicité doit être interprétée de manière très stricte, car il faut mettre en balance, d'une part, le droit de l'accusé contre tout procès secret et de la société internationale à être pleinement informée, et, d'autre part, la nécessité de protéger des catégories de personnes ou des valeurs que seules la discrétion et la censure peuvent assurer. Au-delà des exceptions, la publicité est toujours préférée puisqu'elle encourage la régularité de la procédure et produit des effets dissuasifs, qui font partie des buts poursuivis par la justice pénale internationale. Toutefois, en matière de publicité, la balance ne bascule pas en faveur de l'accusé, étant donné le nombre d'exceptions à la règle générale.

B. Le droit aux voies de recours

Le droit à l'appel n'est pas mentionné dans l'art. 67, d'autant plus qu'il n'est pas une prérogative exclusive de l'accusé. Toutefois, il est subjacent à tous les droits de l'accusé, lequel peut contester devant la Chambre d'appel la violation de certains droits ou le jugement, à savoir la vérité reconstruite par la Chambre de première instance, afin d'éviter qu'elle passe en force de chose jugée et soit exécutée. L'appel est le remède pour réparer toute violation formelle et substantielle **(1)** et, avec la révision **(2)**, *l'extrema ratio* pour se défendre contre la machine judiciaire. Pour cela nous avons choisi de traiter cette question dans cette partie, puisque le droit au recours est l'instrument principal de l'accusé pour être écouté lorsque ses droits, ses intérêts et, au cas d'une condamnation à l'incarcération à perpétuité, sa même vie sont concernés.

1. Le droit à l'appel

Le double degré de juridiction n'avait pas été escompté dans le domaine de la justice pénale internationale, d'ailleurs à Nuremberg était nié aux accusés la possibilité de contester la décision du Tribunal devant une instance supérieure. Le Statut de Rome prévoit expressément le droit d'appel **(a)**, non seulement contre le jugement de condamnation ou la peine, mais également contre toute autre décision préjudicielle et interlocutoire **(b)**.

a. La garantie statutaire

Dans le Statut de Rome, le droit d'appel est un droit symétrique¹¹⁶², l'accusation pouvant interjeter appel contre le jugement portant sur l'acquiescement ou sur toute autre décision contraire à

¹¹⁶² En effet, la question d'octroyer ou non le droit d'appel au Procureur s'était posée déjà avant la Conférence de

ses intérêts¹¹⁶³ ; c'est dans cette optique qu'il faut donc interpréter la formule impersonnelle du Statut de Rome en la matière, « *Il peut être fait appel [...] d'une décision rendue en vertu de l'art. 74 ...* »¹¹⁶⁴, qui en outre s'éloigne de la lettre de l'art. 14(5) du P.I.D.C.P., qui parle expressément de « droit » de toute personne déclarée coupable et condamnée de faire réexaminer la décision par une juridiction supérieure¹¹⁶⁵. Donc le Statut donne à la personne déclarée coupable la « possibilité » d'interjeter appel devant la Chambre d'appel, mais, à la différence du Procureur, lui donne un motif de plus que le vice de procédure ou l'erreur de fait et de droit¹¹⁶⁶, l'accusé pouvant fonder sa contestation sur tout motif de nature à compromettre l'équité et la régularité de la procédure ou de la décision. Le Statut élargit donc le champ applicatif du droit concerné en ce qui concerne la défense¹¹⁶⁷.

Mais l'élargissement du droit d'appel pour l'accusé doit être lu dans les limites des fonctions de la Cour l'appel, qui ne met pas en cause tout le procès devant la Chambre de première instance, limitant ses fonctions aux motifs spécifiquement indiqués. L'accusé fait alors référence aux raisons qui forment la décision, en vertu du fait que « [...] *la Chambre de première instance fonde ses décisions sur son appréciation des preuves et sur l'ensemble des procédures [...]* »¹¹⁶⁸. En revanche, la décision de la Chambre d'appel ne pourra jamais entraîner une *reformatio in pejus*, à savoir ne pourra jamais s'avérer au détriment de l'accusé, lorsqu'elle fait suite à un appel de l'accusé ou du Procureur agissant dans l'intérêt de l'accusé¹¹⁶⁹. En outre, la décision doit se conformer à des prescriptions, à savoir : être rendue en forme écrite, contenir l'exposé complet et motivé des contestations de la Chambre sur les preuves et les conclusions retenues. Enfin, toute délibération doit demeurer secrète, être adoptée, si possible, à l'unanimité et prononcée à une audience publique¹¹⁷⁰. Il est donc contre l'appréciation judiciaire des preuves retenues ou contre la violation de l'un des éléments factuels ou procéduraux que l'appel est admissible. Autrement dit, l'accusé peut se prévaloir en appel sur un erreur de droit ou de fait, sur un vice de procédure ou sur tout autre motif portant sur l'équité ou la régularité de la procédure¹¹⁷¹ et obtenir l'annulation ou la

Rome, voy. Projet de Statut de 1994 de la C.D.I. et également le Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, vol. I, mars-avril et août 1996, doc. Off. NU AG Suppl. No 22A/51/22, par, 295-300.

¹¹⁶³ C.P.I., art. 81(1)(a)(i)(ii)(iii).

¹¹⁶⁴ *Ibid.* règle 150(1).

¹¹⁶⁵ P.I.D.C.P., art. 14(5).

¹¹⁶⁶ C.P.I., art. 81(1)(b)(i)(ii)(iii).

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, art. 81(1)(b)(iv).

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, art. 74(2).

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, art. 83(2).

¹¹⁷⁰ *Ibid.*, art. 74(3)(4)(5).

¹¹⁷¹ *Ibid.*, art. 81(b)(i)(ii)(iii)(iv).

modification de la décision, ou un nouveau procès devant une nouvelle Chambre de première instance¹¹⁷².

La doctrine s'est interrogée sur l'opportunité du double degré de juridiction dans ce milieu particulier de la justice, qui serait superflu du fait de la rigueur des garanties assurées dans ce type de procédure, dans la mesure où le caractère international du procès le soumet à toute possible vérification et observation de l'extérieur. Sur la base de ces perplexités, la participation indirecte de la communauté internationale, souvent présente par le truchement des O.N.G. représentatives des nombreuses victimes, serait un motif de plus pour accueillir la demande d'exécution immédiate des jugements de condamnation pour des crimes d'une particulière gravité. La réponse aux critiques a été que, en matière de justice pénale internationale, les effets poursuivis par le recours doivent être « *examinés d'un point de vue systémique* »¹¹⁷³, prenant en compte tout l'éventail de garanties qu'il faut respecter et, nous ajoutons, considérant la pratique qui s'est consolidée devant ces juridictions surtout en ce qui concerne le respect des droits de la défense. A cet égard, A.-M. La Rosa prend en considération l'effet du retour à la liberté, exemple qui, plus que les autres, s'adapte aux procédures pénales internationales, étant donné l'abus de l'instrument de la détention provisoire qui est systématiquement prolongée jusqu'à ce que la décision soit investie de l'autorité de la chose jugée. Le droit à l'appel reconnu par le Statut de Rome renforce et protège le droit à la liberté personnelle.

b. Les objets de l'appel

i. Le jugement et la sentence

Les deux motifs principaux qui fondent l'appel sont l'intention de contester un verdict de condamnation ou uniquement la peine, à motif d'une disproportion entre celle-ci et le crime¹¹⁷⁴. Or, la procédure en appel ne se soustrait pas à la règle principale propre à la procédure en première instance, à savoir le respect du procès équitable, pour cela la Chambre d'appel préserve tous les pouvoirs de la Chambre de première instance¹¹⁷⁵ et toutes les garanties de l'accusé sont assurées dans cette phase, y compris la garantie contre toute *double jeopardy*, qui interdit l'étendue du réexamen du procès au-dessus des motifs fondant l'appel, justement pour éviter la duplication du procès. Mais, nous observons que le Statut ne nie pas expressément à l'accusé l'appel contre un

¹¹⁷² *Ibid.*, art. 83(2)(a)(b).

¹¹⁷³ A.-M. LA ROSA, *Juridictions pénales internationales. La procédure et la preuve*, *op. cit.*, pp. 213-214.

¹¹⁷⁴ C.P.I., art. 81(2)(a).

¹¹⁷⁵ *Ibid.*, art. 83(1).

jugement d'acquiescement qui pourrait, paradoxalement, être contraire à ses intérêts pour plusieurs raisons ; par exemple, la personne acquittée pourrait bien être d'accord sur l'acquiescement, mais pas en ce qui concerne le déroulement du procès, en raison du fait qu'elle l'a jugé inéquitable ; en outre, la personne pourrait ne pas partager le contenu du jugement, fruit d'une reconstruction erronée des faits qui serait préjudiciable tout simplement pour son image. En effet, l'art. 81 parle uniquement de condamné¹¹⁷⁶ et de personne déclarée ou reconnue coupable¹¹⁷⁷, de décision sur la culpabilité¹¹⁷⁸ et de peine¹¹⁷⁹, donc il n'y a pas de doutes en l'espèce. Dans l'affaire Katanga, aussi bien l'accusé que le Procureur se sont désistés de leurs appels contre le jugement de condamnation rendu¹¹⁸⁰, le 7 mars 2014, par la Chambre de première instance II¹¹⁸¹. Il s'agit du premier jugement passé en force de chose jugée¹¹⁸².

Naturellement, si les motifs de l'appel se fondent sur une erreur de fait, à savoir sur une évaluation incorrecte ou insuffisante des preuves de la part de la Chambre de première instance, la Chambre d'appel abordera le procès au fond. La jurisprudence du T.P.I.Y. a ajouté un motif ultérieur, à savoir l'ignorance de la Chambre de première instance sur des éléments de preuve supplémentaires qui n'avaient pas été versés au dossier auparavant¹¹⁸³. Or, le problème des preuves supplémentaires indiquées en appel est lié à celui des preuves additionnelles, admises avec circonspection car une évaluation trop élargie des faits risquerait de violer le principe *ne bis in idem*. Le Statut de Rome est lacunaire à cet égard, mais la jurisprudence des T.P.I. a clairement indiqué deux conditions principales cumulatives permettant la présentation, l'admissibilité et l'évaluation en appel des preuves additionnelles : leur caractère déterminant pour l'innocence ou la culpabilité de l'accusé, fondé sur un jugement de pertinence et la fiabilité de la preuve additionnelle; leur indisponibilité en première instance pour des raisons non imputables à la partie qui se pourvoit en appel, mais pour des raisons valables indiquées dans la demande de preuves nouvelles.

¹¹⁷⁶ *Ibid.*, art. 81(2)(a)(b).

¹¹⁷⁷ *Ibid.*, art. 81(1)(b)(3)(a)(b).

¹¹⁷⁸ *Ibid.*, art. 81(2)(b)(c).

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, art. 81(2)(a)(c)(3)(b).

¹¹⁸⁰ *Ibid.*, règle 152.

¹¹⁸¹ Voy la Déclaration du Procureur concernant la notification du retrait par Germain Katanga de son appel contre son Jugement de condamnation du 25 juin 2014 ; Notice of Discontinuance of Appeal against the « Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut » rendered by Trial Chamber II on April 2014 ; Notice of Discontinuance of the Prosecution's Appeal against the Article 74 Judgment of Conviction of Trial Chamber II dated 7 March 2014 in relation to Germain Katanga.

¹¹⁸² C.P.I., *Situation en République Démocratique du Congo. Affaire Le Procureur v. Germain Katanga*, Chambre de première instance II, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, 7 mars 2014, ICC-01/04-01/07, 7.

¹¹⁸³ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Erdemovic*, Chambre d'appel, Jugement, IT-96-22, 7 octobre 1997, § 15.

En l'absence de toutes lesdites conditions, il y a un seul cas où la Chambre d'appel admet une preuve additionnelle, qui se vérifie quand il y a la simple possibilité que le refus n'entraîne un déni de justice et une erreur judiciaire grave. Dans ce cas, « *il fine giustifica i mezzi* »¹¹⁸⁴, en d'autres termes la justesse du but à rejoindre justifie les moyens inappropriés adoptés pour le rejoindre, ce qui traduit la théorie de la finalité¹¹⁸⁵. Naturellement, les motifs fondés sur une erreur de droit n'abordent pas le fond de l'affaire, même si toute question de droit se réverbère indirectement sur la reconstruction des faits, voire le problème de la configuration exacte de la responsabilité individuelle qui changerait le rôle de l'accusé dans l'affaire. A cet égard, la doctrine a souligné la précision des Statuts des Tribunaux *ad hoc* par rapport à la lettre du Statut de Rome¹¹⁸⁶, qui n'indique pas que l'erreur de droit doit être telle à invalider la décision¹¹⁸⁷. En fait, nous retenons que la portée plus générique du Statut de la Cour élargit le champ de garantie de l'accusé, qui ne trouvera pas cette limitation aux motifs de droit supportant son appel.

ii. Les questions interlocutoires et les exceptions préjudicielles ou liminaires

Selon le Statut de la Cour, la défense peut, avec autorisation, interjeter appel interlocutoire toutes les fois qu'une décision rendue au cours d'instance - par exemple une décision sur l'admissibilité des moyens de preuve - s'avère préjudiciable pour le déroulement équitable et rapide de la procédure ou pour l'issue du procès¹¹⁸⁸. Dans ce cas, le règlement immédiat de la part de la Chambre d'appel pourrait faire sensiblement progresser la procédure¹¹⁸⁹. Il s'agit d'une prévision statutaire qui était absente dans les Statuts des Tribunaux *ad hoc*¹¹⁹⁰, qui parlaient plutôt d'exceptions préjudicielles, en les limitant à certains motifs comme : l'incompétence de l'organe, le vice de forme de l'acte d'accusation, la disjonction de procédure et de chefs d'accusation, le rejet d'une demande de commission d'office d'un conseil¹¹⁹¹. La jurisprudence de ces Tribunaux avait ajouté d'autres motifs importants - comme celui sur la mise en liberté - pour combler les lacunes du Statut, mais les garanties pour la défense restaient encore limitées¹¹⁹². Le caractère novateur du Statut de Rome en la matière réside dans l'élargissement de la portée de la norme statutaire relative

¹¹⁸⁴ Le mot est attribué à Machiavelli.

¹¹⁸⁵ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Jelisić*, Chambre d'appel, Décision relative à la requête aux fins d'admission de moyens de preuve supplémentaires, 15 novembre 2000, IT-95-10, §§ 38-41.

¹¹⁸⁶ A.-M. LA ROSA, *ibid.*, p. 225.

¹¹⁸⁷ Cf. T.P.I.Y. art. 25(1), T.P.I.R. art. 24(1) et C.P.I. art. 81(1)(b).

¹¹⁸⁸ C.P.I., règles 154 à 158.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, art. 82(1)(d).

¹¹⁹⁰ La disposition du Statut de la C.P.I. a été introduite au cours de la Conférence de Rome dans le cadre d'un débat animé particulièrement par la délégation canadienne, concernant l'introduction d'autres motifs procéduraux probatoires, voy. le Rapport du Groupe de travail sur les questions de procédure, doc. Off. A/CONF.183/L.2/Add. 6, 11 juillet 1998, p. 8 et également doc. Off. NU A/CONF.183/C.1/WGPM/L.48/rev. 1, 7 juillet 1998.

¹¹⁹¹ Voy. la règle 72 des R.P.P. des Tribunaux *ad hoc*.

¹¹⁹² Voy. T.P.I.Y., *Le Procureur v. Celebici*, Chambre d'appel, Décision relative à la demande d'autorisation d'interjeter appel (mise en liberté provisoire) formée par Hazim Delic, 22 novembre 1996, IT-96-21.

aux appels interlocutoires, qui élargit la protection du justiciable grâce à un motif qui, par son ampleur, *de facto* élimine toute limite aux motifs allégués à l'appui d'une requête visant à interjeter appel interlocutoire, d'autant plus que le Statut ne contient pas la distinction, présente dans le cadre des T.P.I., entre exception interlocutoire et exception préjudicielle. En outre, la norme statutaire de la Cour admet expressément les autres motifs préjudiciels « classiques » portant sur les décisions en matière de compétence, recevabilité et liberté personnelle, qui peuvent être contestées de plein droit, à savoir sans autorisation préalable¹¹⁹³. Mais, le Statut prévoit un motif autre, absent dans le statut et la jurisprudence des T.P.I., car, devant la Cour il est possible d'interjeter appel interlocutoire contre toute décision portant sur le pouvoir de la Chambre préliminaire d'agir *motu proprio* aux cas où la possibilité d'obtenir des renseignements ne se présentera plus, ce qui rend plus complet le Statut¹¹⁹⁴.

iii. L'exception par excellence : la question de la « compétence sur la compétence »

L'un des problèmes qui a toujours fait l'objet de recours interlocutoires en appel a concerné la compétence de la juridiction à juger certaines questions préjudicielles fondamentales, comme le problème portant sur sa propre légitimité et sur la compétence de l'instance à se prononcer sur sa propre compétence à trancher sur certaines questions. A cet égard, aussi bien la doctrine, qui a baptisé cette question par l'expression *Kompetenz-Kompetenz*, que surtout la jurisprudence pénale internationale se sont toujours demandées quelles étaient les limites de la compétence des instances pénales internationales, surtout des juridictions instituées par résolutions du C.d.S.. En effet, selon une certaine interprétation, l'acte de naissance de ces juridictions représenterait une limitation à la compétence sur la légitimité, qui empêcherait donc le tribunal de décider *ultra vires*¹¹⁹⁵. En revanche, selon une autre orientation, l'instance peut décider sur l'ampleur de sa propre compétence en vertu d'une sorte de compétence « inhérente », qui lui permettrait de se prononcer sur toute question liminaire et interlocutoire sur laquelle il faut émettre un jugement afin de permettre l'exercice plein de la juridiction. Autrement dit, l'ampleur de la compétence permet à l'instance l'exercice de sa fonction primaire, par rapport à laquelle la compétence sur la compétence se présente simplement comme « *ancillary* ».

L'orientation jurisprudentielle favorable à la « compétence sur la compétence » - qui remonte à la « doctrine Cassese » au début de l'activité du T.P.I.Y., en particulier dans l'affaire *Tadić* – attribuait au T.P.I.Y. des pouvoirs très amples, au point de lui confier la compétence de se

¹¹⁹³ C.P.I., art. 82(1)(a)(b).

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, art. 82(1)(d).

¹¹⁹⁵ I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Tadić*, Appeals Chamber, Decision on Defence Motion for Interlocutory Appeal on jurisdiction, 2 October 1995, IT-94-1-AR72, cit.

prononcer sur la question liminaire concernant la légalité de la résolution n. 827/1993 du C.d.S. qui l'avait créé. Par contre, sur la base d'une orientation jurisprudentielle plus récente – il s'agit, plus spécifiquement de l'affaire *Ayyash* devant le T.S.L. - la Chambre d'appel a nié tout court la compétence du Tribunal à vérifier la validité des actes du Conseil de Sécurité. Selon E. Cimiotta, niant sa compétence, le Tribunal admet implicitement sa propre subsidiarité par rapport à un organe supérieur, d'autant plus que celui-ci a le pouvoir de décider sur la durée du mandat du T.S.L. et de la désignation des juges¹¹⁹⁶. A cet égard, la doctrine (et également l'auteur de cet ouvrage) manifeste son regret à l'égard ce bouleversement jurisprudentiel, lequel interrompt *ex abrupto* une continuité qui est toujours souhaitable pour la solidité et crédibilité de la justice pénale internationale¹¹⁹⁷.

2. Le droit à la révision

La révision est une institution qui ne peut se soustraire aux critiques de violation du principe *ne bis in idem*, car elle remet en cause le procès tout entier et intervient contre des jugements définitifs, alors que l'appel peut être interjeté uniquement contre une décision qui n'est pas encore passée en force de chose jugée ou contre des questions interlocutoires. L'exception à un principe fondamental se justifie par l'importance de certaines erreurs que la justice peut commettre, dont la gravité rend nécessaire une rectification du jugement de culpabilité. En ce qui concerne la justice pénale internationale, la nécessité de réparer une injustice macroscopique et manifeste ne réside pas uniquement dans l'exigence de redonner la dignité à un innocent, de l'indemniser moralement et financièrement¹¹⁹⁸, mais également de donner au public la reconstruction la plus correcte des faits. Pour cela, le recours en révision demande le réexamen complet du dossier.

Le Statut de la Cour admet le recours en révision devant la Chambre d'appel, qui, lorsqu'elle ne rejette pas une requête en révision estimée infondée, peut décider soit de réunir la même Chambre de première instance qui a rendu le jugement, soit de constituer une nouvelle chambre ou de rester saisie de l'affaire pour décider d'une révision, après avoir écouté les parties¹¹⁹⁹. Une fois l'existence de l'erreur judiciaire démontré, le droit à réparation sera reconnu à la personne. La

¹¹⁹⁶ E. CIMIOTTA, "Da *Tadić* a *Ayyash*. Le conseguenze dell'insindacabilità della decisione del Consiglio di sicurezza di istituire il Tribunale Speciale per il Libano", in *La Comunità internazionale*, Vol. LXVIII, n. 3/2013, Editoriale Scientifica, p. 573.

¹¹⁹⁷ T.S.L., *In the matter of El Sayed*, CH/AC/2010/02, Appeals Chamber, *Decision on Appeal of Pre-Trial Judge's Order Regarding Jurisdiction and Standing*, 10 November 2010; S.T.L., *In the matter of El Sayed*, CH/PTJ/2010/005, *Order Relating to the Jurisdiction of the Tribunal to Rule on the Application by Mr El Sayed Dated 17 March 2010 and Whether Mr El Sayed Has Standing Before the Tribunal*, 17 September 2010, §§ 44-54.

¹¹⁹⁸ C.P.I., art. 85 et règles 159 à 161.

¹¹⁹⁹ *Ibid.*, art. 84(2)(a)(b)(c).

possibilité de demander la révision incombe à la personne déclarée coupable ou, si elle est décédée, à ses parents et à toute personne mandatée par écrit. Le cas échéant, le Procureur est autorisé à demander la révision en faveur du condamné. Il s'agit d'une prévision statutaire qui renforce la fonction d'organe de justice du Procureur de la Cour, qui peut agir en faveur de l'accusé¹²⁰⁰. En outre, pour garantir contre toute application désinvolte de cet instrument, le Statut demande que plusieurs conditions soient réunies pour l'examen en révision, qui requiert d'abord l'existence d'un fait nouveau qui n'était pas connu au moment du procès, sans que de cela puisse être reproché au requérant. *In primis*, la qualité du fait nouveau doit être telle qu'il aurait « vraisemblablement » entraîné un verdict différent. Il faut noter que le choix de l'adverbe « vraisemblablement », d'une part, élargit la possibilité de la révision pour l'accusé condamné, mais d'autre part, confie trop de compétence discrétionnaire à la Chambre d'appel, d'autant plus que tous les motifs « valables » sont considérés par la Chambre d'appel « selon ce qui convient »¹²⁰¹. Deux motifs ultérieurs à la base de l'élément de nouveauté permettent la révision : ils s'agit de la découverte qu'un fait décisif était faux, contrefait ou falsifié et enfin, que l'un ou plusieurs juges participant à la décision ont commis une faute lourde ou un manquement de gravité suffisante pour justifier la perte de fonctions¹²⁰². Il s'agit donc de cas très stricts, dont la précision des détails préserve le respect du principe *ne bis in idem*.

§ 2. Les garanties spécifiques ancrées à la personne

L'accusé est toute personne à l'encontre de laquelle un ou plusieurs chefs d'accusation ont été déjà confirmés par la Chambre préliminaire et par conséquent, figurent dans un acte d'accusation. L'art. 67 introduit des garanties typiques de la phase des débats, dont certaines toutefois n'excluent pas une application au cours d'autres phases de la procédure. En effet, les droits indiqués dans l'art. 67 s'ajoutent et sont complémentaires aux droits mentionnés dans l'art. 55, dans la mesure où certains sont communs au suspect et à l'accusé. Pour cela, il ne sera pas nécessaire de revenir ici sur les mêmes droits déjà analysés dans le cadre des droits de la personne suspectée. De la même manière, nous éviterons de revenir sur les garanties déjà abordées dans la première partie, telles que le droit au non-renversement de la charge de la preuve ou à la non-obligation de la charge de la réfutation, indiqués dans l'art. 67 (1)(i), le droit de présenter ses propres moyens de preuve et ses propres témoins à décharge, de contre-interroger les témoins à charge, conformément à l'art. 67 (1)(e), ou/et le droit à la divulgation indiqué dans l'alinéa 2 de l'art. 67, qui implique, aux termes de

¹²⁰⁰ *Ibid.*, art. 84(1).

¹²⁰¹ *Ibid.*, art. 84(2).

¹²⁰² *Ibid.*, art. 84(1)(a)(i)(ii)(iii)(iv).

l'art. 67 (1)(b), le droit plus étendu de disposer des facilités nécessaires à la préparation de la défense. Cela précisé, les garanties procédurales de la défense dépassent largement les qualités attachées au procès et se déclinent dans une série de revendications individuelles à caractère technique, comme le droit à la connaissance des charges et au respect des temps raisonnables de la justice (A), ou le droit à être présent au procès, qui s'avère une condition incontournable pour la tenue du procès devant la Cour (B).

A. La communication des charges et le facteur temps

Dans les systèmes nationaux, certains droits de la défense reflètent la conformité d'un système juridique aux règles propres à toute société démocratique. Transposée dans le système juridique de la C.P.I., la violation desdites prescriptions se heurterait avant tout aux principes intrinsèques au Statut de Rome, qui expriment les standards de la défense fixés par l'ensemble des Etats signataires, tous engagés à garantir l'ordre international par le biais d'une justice administrée selon des règles universellement reconnues. Partant de ce constat, il y a deux exigences que le Statut de Rome impose avant le début des débats : le droit de l'accusé à la connaissance exacte des charges, car il doit savoir contre quoi se défendre (1), mais également le droit à ce que chaque activité se déroule selon des temps et des délais qui ne soient pas préjudiciables pour lui (2).

1. Art. 67 (1)(a) : le droit à être informé dans le plus court délai et de façon détaillée de la nature, de la cause et de la teneur des charges

Quel est le crime qui est imputé à l'accusé et quels sont les faits qu'il a commis? Seules une contestation des faits et des infractions pénales présentées en termes clairs et précis et dans un délai contenu permet une défense appropriée, puisque la connaissance est la seule manière pour vérifier que la contestation n'a pas de caractère arbitraire ni générique (a). Mais, pour comprendre le sens et la portée des inculpations, l'accusé doit d'abord comprendre la langue utilisée pour la communication (b), car la violation du droit à une contestation des charges détaillée et compréhensible priverait l'accusé d'autres droits fondamentaux.

a. Les paramètres descriptifs et temporels de la communication des charges

i. Faits détaillés et qualification juridique détaillée

La finalité pratique de la prescription liée au droit de connaître la nature des charges est celle de rendre effectif, autant qu'il est possible, un autre droit de l'accusé, celui de préparer convenablement sa défense. Devant la C.P.I., la première communication formelle des charges se fait au cours d'une audience dite de première comparution, le lieu autant physique que temporel où les faits et les circonstances retenues se traduisent juridiquement dans la présentation d'un document formel qui recueille toutes les charges de manière détaillée¹²⁰³. La description précise de l'infraction reprochée répond donc à une règle de base qui garantit à l'individu la possibilité de comprendre – selon des capacités normales d'appréciation de l'homme commun - les charges contre lui de façon claire, afin d'exercer son droit de les contester. Le droit à la connaissance détaillée des charges est un aspect spécifique d'une garantie plus générale représentée par « le droit aux charges », à savoir le droit à se voir communiquer l'infraction reprochée. A cet égard, en matière de précision des charges, la Chambre de première instance II, en accueillant une requête de la défense, a ordonné à l'accusation de renouveler le résumé des charges en raison de la nécessité que la défense dispose d'une indication précise des inculpations et qu'elle puisse bien exercer tous ses droits¹²⁰⁴.

Afin qu'elle soit suffisamment détaillée, l'inculpation doit remplir deux critères : factuel et juridique. Il s'agit de deux aspects qui ne se présentent pas comme disjoints, dans la mesure où les faits historiques, c'est-à-dire le comportement humain individualisé et attribué à l'accusé doit être encadré juridiquement dans l'un des crimes de compétence de la Cour. La cause factuelle et la nature juridique de l'inculpation se fondent donc dans la charge contestée, dont l'intensité de la gravité est évidemment davantage élevée pour les crimes de compétences de la Cour, même s'il faut reconnaître que chaque imputation personnelle peut acquérir une dimension différente selon le degré de la responsabilité de l'accusé. En effet, plusieurs facteurs peuvent donner la mesure de la responsabilité individuelle : l'importance du rôle et de l'implication dans les faits, ou les conséquences dérivant du comportement, telles que l'étendue, la gravité des dommages produits et le nombre des victimes.

¹²⁰³ Le 16 mars 2006, suite à un mandat d'arrêt à son encontre, l'ancien Président de l'Union des patriotes congolais, *Thomas Lubanga Dyilo*, a été arrêté par les autorités de son pays, la République Démocratique du Congo, a été remis à la Cour et traduit au quartier pénitentiaire de la Cour à La Haye. A quelques jours de son arrestation, le 20 mars 2006, l'accusé a comparu pour la première fois devant la Chambre, lors d'une audience au cours de laquelle le juge unique *Sylvia Steiner* l'a informé des crimes qui lui étaient imputés et de ses droits ; voy. également C.P.I., *Situation en RDC, Le Procureur v. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Chambre de première instance II, Décision relative au dépôt d'un résumé des charges par le Procureur, 21 octobre 2009, 01/04-01/07-1547, cit., §§ 13-24.

¹²⁰⁴ Dans le même ordre d'idée se situe tout cas de reformulation des charges dans une phase suivante à l'audience de confirmation des charges, voy. C.P.I., *Situation en RCA. Le Procureur v. J.-P. Bemba Gombo*, Défense, Requête aux fins d'obtenir une décision ordonnant la correction et le dépôt du Second Document amendé contenant les charges, 12 février 2010, ICC-01/05-01/08-695, cit.

Or, malgré la corrélation stricte, il y a un degré d'importance différent entre faits et espèce juridique, puisque, afin que la contestation soit valide, la précision de la description des faits historiques reprochés est encore plus importante que l'individuation du crime, la qualification juridique pouvant toujours être modifiée au cours de la procédure. Toutefois, il faut préciser dès le début la description des faits et le degré de l'implication de la personne sur laquelle pèse une prétention de responsabilité pénale. En effet, c'est à partir de l'individuation précise des faits qu'il est possible tirer une configuration juridique, qui reste donc une composante de la contestation des charges consubstantielle à la première composante¹²⁰⁵. D'ailleurs, la qualification juridique des faits historiques est toujours susceptible d'être corrigée, précisée ou modifiée par la suite, à travers la requalification de l'infraction au cours des débats en première instance ou en appel, conformément à la norme 55 du R.C. dont on parlera par la suite.

La communication détaillée de l'inculpation implique également la communication de tout élément de preuve la supportant et se complète par la contestation des circonstances atténuantes ou aggravantes, le défaut de la mention d'une circonstance étant une violation du droit de l'accusé à être dûment informé, une violation qui peut faire l'objet d'un recours en appel. A cet égard, le Statut prescrit spécifiquement qu'à l'occasion de la notification des charges avant l'audience de confirmation, la personne soit informée « *des éléments de preuve sur lesquels le Procureur entend se fonder à l'audience* »¹²⁰⁶. La jurisprudence y a ajouté l'obligation du Procureur de communiquer l'inventaire des preuves à charge¹²⁰⁷. Il s'agit d'une activité prodromique indispensable pour permettre la *disclosure* entre les parties. En effet, l'art. 67 (1)(a) indique une garantie qui, en réalité, se réalise bien avant que la personne acquière le statut d'accusé, comme cela est démontré par le fait que le devoir d'observance dudit droit commence au moment où la personne se rend volontairement ou est remise pour la première fois à la Cour, comme il est bien décrit par l'art. 61. On pourrait donc en déduire que l'art. 67(1)(a) est la spécification ou la répétition du droit indiqué d'une manière plus générique dans l'art. 55 (2)(a) et qu'il n'est pas propre à l'accusé, mais qu'il appartient au suspect et s'étend à l'accusé selon une dynamique propre à plusieurs droits de la défense.

ii. Les modalités et les temps de la communication

¹²⁰⁵ Selon l'orientation de la Cour de Strasbourg, l'indication des infractions imputées ne doit pas faire forcément référence à des dispositions de lois précises, devant plutôt attribuer à des comportements précis une qualification juridique précise. En revanche, il est demandé que l'infraction contestée soit existant en droit matériel. En effet, le droit à la connaissance des charges exige que la communication des charges soit précise en rapport aux faits juridiques reprochés, C.E.D.H., Affaire *Chichlian et Ekindjian c. France*, 29 nov. 1989, série A, n° 162-B.

¹²⁰⁶ C.P.I., art. 61(3)(b) et règle 121(3).

¹²⁰⁷ C.P.I., *Situation en RDC, Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, 29 janvier 2007, ICC-01/04-01/06-803, cit., § 150.

Selon la jurisprudence de la C.E.D.H., une contestation validement accomplie ne répond pas forcément à une forme particulière, la personne ou son conseil pouvant être informés verbalement, à la seule condition que d'autres modalités plus substantielles soient respectées, parce que ce qui compte, c'est la possibilité que l'accusé comprenne les charges de manière précise, au-delà de la forme de la communication¹²⁰⁸. Du point de vue de la validité substantielle, la jurisprudence de la C.P.I. donne au Procureur une certaine liberté de développer les charges sur lesquelles il entend se fonder pour requérir le renvoi en jugement, mais à la condition que les crimes et les modes de la responsabilité soient énoncés avec clarté¹²⁰⁹. Dans le procès devant la C.P.I., la communication détaillée de la nature, de la cause et de la teneur des charges se fait dans le plus court délai et selon les modalités suivantes : par une notification formelle écrite, telle que la citation à comparaître de la Cour, contenant l'indication de tous les faits ; par la communication faite au cours d'une audience préliminaire consacrée spécifiquement aux charges ; et, enfin, à travers la signification orale faite à la première audience de comparution devant la Chambre de première instance. Il est donc clair que, devant la Cour, la communication des charges s'accomplit plusieurs fois, à savoir à l'occasion de l'audience de première comparution, à l'audience de confirmation des charges et à l'ouverture du procès, lorsque l'accusé comparait devant la Chambre de première instance, même si la communication des charges devant la Chambre de première instance est une répétition d'une obligation qui s'inscrit impérativement dans la phase qui précède le procès.

Or, selon le Statut, la notification qui précède l'audience de confirmation des charges s'accomplit de manière écrite et dans un délai qui, selon le Statut, est « raisonnable »¹²¹⁰, alors que, selon le R.P.P., le délai à respecter est de trente jours au plus tard avant l'audience de confirmation des charges¹²¹¹. Il est bien évident que la double prescription offre une double garantie, qui toutefois est destinée à rester formelle lorsque l'audience de confirmation des charges se déroule en l'absence de la personne, au cas où celle-ci a renoncé, est introuvable ou a pris la fuite¹²¹². Dans cette perspective, si l'audience de confirmation des charges est le moment où les charges sont formellement révélées, comment est-il possible qu'elles soient validement révélées en l'absence du sujet qui est le premier destinataire de cette formalisation ?

¹²⁰⁸ Comm. E.D.H., 17 déc. 1981, req. N.° 8361/78 : DR 27/37.

¹²⁰⁹ C.P.I., *Situation en RDC, Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, *ibid.*

¹²¹⁰ C.P.I., art. 61(3)(a).

¹²¹¹ *Ibid.*, règle 121(3).

¹²¹² *Ibid.*, art. 61(2)(a)(b).

En effet, il faut regretter une réglementation apparemment illogique et contradictoire du Statut, à savoir la présence de deux dispositions antinomiques, comme les articles 63 et 61(2)(a)(b), dans la mesure où si, d'une part, le Statut interdit le procès *in absentia*, d'autre part, il admet l'audience de confirmation des charges *in absentia*. A cet égard, nous nous demandons quel est le sens d'une confirmation des charges en contumace si le procès ne peut jamais commencer en l'absence de l'accusé, à moins de ne pas considérer l'audience de confirmation des charges tout simplement comme une audience dont la seule finalité est la confirmation officielle des infractions. Il est aussi difficile de comprendre pourquoi la Cour reconnaît à cette personne les mêmes droits garantis à l'accusé¹²¹³, alors qu'en fait, sa position est différente. En matière de communication des charges, il faut en outre relever une certaine confusion normative aussi bien au sein du Statut que du R.P.P., lorsqu'il n'y a pas de vraie distinction entre la communication qui intervient à l'audience de première comparution ou par notification écrite ou trente jours avant l'audience de confirmation des charges ou enfin à l'audience de confirmation des charges. En effet, la règle indiquant des moments différents de la communication implique des confusions.

Pour déterminer le moment de la connaissance des charges, la Cour de Strasbourg fait référence à l'acte d'accusation formel, à savoir la « *notification officielle* » contenant exactement les faits reprochés à la personne accusée¹²¹⁴. Dans cette perspective, l'expression utilisée par le Statut de Rome, « *le plus court délai* », se rapproche beaucoup de celle adoptée par l'art. 6 de la C.E.D.H, « *le plus bref délai* ». Il s'agit d'une formule souple, qui est sujette à être interprétée de la part de l'opérateur du droit selon sa propre perception du temps. Toutefois, à la souplesse de la formule est contraposée la rigidité des paramètres à adopter pour le calcul, qui doivent être précis afin d'éviter que la personne soit laissée longtemps sans connaître ni la nature ni la cause de l'accusation. La version anglaise du texte statutaire, qui substitue « *le plus court délai* » par l'adverbe « *promptly* », est en effet plus proche de l'expression « *immédiatement* », qui figure dans le P.D.C.P., dont le caractère péremptoire restreint énormément – s'il ne l'élimine pas du tout - toute subjectivité interprétative. En effet, la simple indication d'un délai court se prête à une interprétation, qui ne peut que subir l'influence d'un concept personnel de brièveté. C'est donc la pratique qui peut donner la mesure du temps et tout dépassement du critère généralement adopté doit se justifier par l'existence de situations particulières et doit répondre à des exigences spécifiques.

b. Le droit à comprendre la langue

¹²¹³ *Ibid.*, règle 121(1).

¹²¹⁴ C.E.D.H., *Brozicek c. Italie*, 19 déc. 1989, série A, n° 167; Berger, n.° 110.

Le droit du suspect à l'interprète et à la traduction est transposable à l'accusé, qui doit être informé des charges dans une langue qu'il comprend et parle parfaitement. Donc, le droit à l'information ne se traduit pas simplement dans le droit à la communication de l'acte d'accusation ni à la simple traduction technique de celui-ci, puisqu'il implique d'abord le droit plus général à la compréhension des inculpations. En effet, les modalités liées à la contestation – comme la connaissance détaillée et compréhensible du point de vue de la langue, qui soit acceptable du point de vue temporel et ainsi de suite – ne sont que la spécification de ce qui n'est qu'un droit unique : le droit de la personne qui fait l'objet d'une poursuite à une imputation formelle. Pour cela, afin d'en faciliter la compréhension, la communication des charges est faite aussi bien par écrit, selon les critères de communication formels déjà décrits, qu'oralement, c'est-à-dire une action qui sert à élucider le contenu de l'acte d'accusation.

Pour permettre la compréhension, il faut donc respecter deux critères, l'un d'ordre formel et l'autre d'ordre substantiel. Le premier critère est technique et nous indique que les charges ne peuvent être comprises que si l'accusé comprend la langue. Le deuxième critère d'ordre plus substantiel nous suggère qu'il faut vérifier que l'accusé a bien compris la teneur des charges, à savoir le juge a le devoir de vérifier cette circonstance à travers un dialogue direct avec l'accusé. En syntonie avec cette obligation, il est favorisé le dialogue entre l'accusé et le juge, un dialogue dont l'ampleur est confiée cependant au discrétionnaire de celui-ci. En revanche, les modalités pour la communication écrite est plus circonscrite, car la transmission des documents n'est pas illimitée. En effet, pas toutes les pièces de l'accusation doivent être traduites à l'accusé, puisque la Cour, tenue à respecter des limites budgétaires, peut bien nier à l'accusé la traduction de certains actes – à l'exception des actes portant sur des questions fondamentales - dans une langue autre que les deux langues de travail de la Cour, c'est-à-dire l'anglais et le français¹²¹⁵. Toutefois, une règle est certaine : les actes portant sur les charges doivent être traduits dans une langue que l'accusé comprend et parle parfaitement¹²¹⁶.

¹²¹⁵ A cet égard, voy. la jurisprudence du T.P.I.Y., *Le Procureur c. Z. Delalic et al.*, Chambre de première instance II, Décision sur la requête de la défense tendant à obtenir les documents dans la langue de l'accusé, IT-96-21-T, 25 septembre 1996, § 8. Pour une confrontation avec la jurisprudence contraire sur les droits de l'homme, voy. C.E.D.H., *Luedicke, Belkacem et Koç c. Allemagne*, 28 novembre 1978, Série A n° 29.

¹²¹⁶ Toutefois, la Chambre de première instance II a établi qu'il est possible la traduction partielle des documents selon un critère spécifique, à savoir limitativement aux parties « ... qui présentent un intérêt particulier pour le déroulement de la procédure ... ». En particulier, il s'agissait de la procédure de fixation de la peine dont la Cour avait ordonné la traduction en anglais, malgré l'accusé « entend, parle et lit le français ». Voy. C.P.I., *Situation en République Démocratique du Congo. Affaire le Procureur v. Germain Katanga*, Décision relative à la peine (article 76 du Statut), 23 mai 2014, ICC-01/04-01/07, § 4 et [*même affaire*], *Defence request regarding the translation and Notification of the Article 74 Decision*, 28 February 2014, § 3.

2. Le droit aux temps raisonnables de la justice : les notions de temps nécessaire et de retard excessif

Le droit protégé par l'art. 67(1)(b) comprend aussi bien le droit aux temps qu'aux facilités nécessaires pour préparer la défense, dont nous avons déjà parlé dans la première partie à propos des armes de la défense et du droit à la divulgation. Pour cela nous focaliserons ici notre attention uniquement sur l'aspect temporel de l'art. 67(1)(b). La notion de temps raisonnable de la justice se configure comme l'une des garanties de l'accusé que le Statut de Rome caractérise par la bipartition suivante : le temps nécessaire pour préparer convenablement la défense **(a)** et le temps pour être jugé, qui ne doit pas subir de retard excessif **(b)**.

a. L'art. 67 (1)(b) : le droit de disposer du temps nécessaire à sa propre défense

i. La préparation de la défense en temps utile

Le temps nécessaire à la préparation de la défense suppose la mise à disposition des moyens nécessaires à la défense dans un délai que les juges estimeront juste. Dépassé ce délai, les éléments de preuve de l'accusation ne pourront plus être utilisés contre l'accusé. Le Statut n'indique pas exactement la mesure du temps nécessaire - d'autant plus que l'on peut se demander si l'adjectif « nécessaire » est lié uniquement aux facilités, dans la mesure où l'article mentionne « le temps et les facilités nécessaires » -. La jurisprudence de la Cour a souligné l'importance de maintenir l'accomplissement de certaines activités de la part du Procureur dans les limites imposées par chaque phase de la procédure, puisque la validité de certaines activités de l'accusation dépend de la possibilité pour l'accusé de disposer du temps pour les examiner et pour les contester au moment plus approprié et non en retard pour cause de l'accusation¹²¹⁷.

Certes, plusieurs questions se posent en matière de temps de la défense, car tout accident touchant l'activité de l'accusation, tel que les investigations supplémentaires ou la modification des charges, peut entraîner des retards et tout retard est une menace potentielle pour l'accusé, qui pourra ainsi contester la violation du droit à disposer des temps nécessaires pour se préparer convenablement. En effet, le non-respect des temps utiles pour la défense signifierait nier le droit à la défense tout court, car, à cause et pendant le retard, l'accusé sera privé de la possibilité de

¹²¹⁷ Voy. le rejet de plusieurs demandes du Procureur dans l'affaire Bemba au motif de leur caractère tardif du point de vue de la défense, C.P.I., *Situation en RCA, Le Procureur v. Jean Pierre Bemba Gombo*, Chambre de première instance III, transcrits, 8 décembre 2009, ICC-01/05-01/08-T-18-Red-FRA, cit., p. 38-51 et Decision on the « Prosecution's Request for leave to appeal the Trial Chamber's oral ruling denying authorisation to add and disclose additional evidence after 30 November 2009 », 28 January 2010, ICC-01/05-01/08-680, cit.

prendre connaissance de tout élément de preuve contre lui et se trouvera dans l'impossibilité d'exercer son droit fondamental de se défendre. En l'espèce, en refusant d'accueillir des requêtes tardives de communication d'éléments de preuve de la part du Procureur ou de lui accorder des prorogations pour diligenter des enquêtes supplémentaires, la jurisprudence de la Cour a mis en valeur la nécessité de l'accusé de connaître dûment sa situation judiciaire, à savoir en temps utile pour se défendre efficacement¹²¹⁸.

En réalité, cette garantie n'est qu'un droit à caractère multiple, car la disposition contenue dans l'art. 67(1)(b) se compose de plusieurs éléments, dont le manque d'un seul élément peut ébranler le droit dans son ensemble. Le manque de toutes les facilités juridiques ou matérielles nécessaires peut rendre vain l'octroi d'un délai très large pour la préparation de la défense, qui sera tout de même compromise. En revanche, d'autres fois, certaines violations restent secondaires et n'entraînent pas la garantie dans son ensemble. De plus, il faut souligner le caractère parfois redondant des garanties réunies dans l'alinéa concerné, dans la mesure où, parmi les facilités nécessaires, il y a l'accès aux pièces accusatoires et à tout élément probatoire pertinent¹²¹⁹, mais également l'assistance effective d'un avocat, déjà prévue spécifiquement par l'alinéa d), qui est considérée partie intégrante des facilités nécessaires à la préparation de la défense, étant le ministère d'avocat obligatoire en matière pénale¹²²⁰. Comme la jurisprudence de la C.E.D.H. l'a affirmé à plusieurs reprises, il s'agit de droits spécifiques contribuant à garantir le respect d'un principe plus ample, celui à un procès équitable¹²²¹.

ii. Le respect des délais

Le temps nécessaire pour préparer la défense dépend des délais fixés pour l'accomplissement de certaines actions, qui sont indiqués par la procédure ou prescrits par les juges. Pour éviter que les accusés n'abusent de leur droit au temps nécessaire pour se défendre à travers l'adoption de techniques dilatoires, les juges font une application plus rigide des délais. Dans ces cas, ils poursuivent parfois surtout la finalité de juger sans retard excessif plutôt que de sauvegarder les droits de l'accusé. Dans cette perspective, un laps de temps trop réduit entre le début du procès et le

¹²¹⁸ Voy. I.C.C., *Situation in DRC, The Prosecutor v. Katanga/Ngudjolo*, Trial Chamber II, Decision on the disclosure of evidentiary material relating to the Prosecutor's site visit to Bogoro on 28, 29 and 31 March 2009, ICC-01/04-01/07-1515, 7 octobre 2009, cit. et *Situation en RCA, Le Procureur v. Jean Pierre Bemba Gombo*, Chambre de première instance III, Transcrits, 8 décembre 2009, ICC-01/05-01/08-T-18-Red-FRA, cit., p. 38-51.

¹²¹⁹ Comm. E.D.H., *Foucher c. France*, Rapp. 28 novembre 1995, req. n° 22209/93 et C.E.D.H., 18 mars 1997 : *Rec. C.E.D.H.* 1997, I.

¹²²⁰ Voy. Comm. E.D.H., *Kröcher et Möller c. Suisse*, req. n° 8463/78, 9 juillet 1981, *DR* 26/24 et C.E.D.H., *Kamasinski c. Autriche*, 19 décembre 1989, série A, n° 168.

¹²²¹ C.E.D.H., *Artico c. Italie*, 13 mai 1980, série A, n° 37; Berger, n° 113 et *Aff. Melin c. France*, série A, n° 261-A : *J.D.I.* 1994, p. 796, chron. Tavernier.

jugement peut, certes respecter la condition visé par l'art. 67(1)(c), mais, d'autre part, risque de violer l'alinéa b) du même article, surtout lorsque la défense aura dû se confronter avec un dossier d'une certaine complexité ou avec des difficultés matérielles, telles que le rassemblement de certaines preuves et le dysfonctionnement du service de traduction, les ergoteries juridiques posées par les parties et toute possible question captieuse rencontrée au cours du procès.

Si, dans des circonstances similaires à celles énoncées, la Cour donne à l'accusé des délais qui cumulativement se traduisent en un laps de temps trop étendu entre le début du procès et le jugement, c'est l'alinéa c) de l'art. 67(1) qui sera malmené. Donc *quid juris* ? En effet, ce qui est demandé à la Cour est d'accomplir une obligation de *facere*, à savoir d'octroyer un délai. Selon nous, dans l'impossibilité de prévoir avec précision la mesure raisonnable qui sépare le temps nécessaire à la défense du retard excessif accompagné au jugement - une distance venant d'une multiplicité de facteurs imprédictibles sur lesquels le juge ne peut que décider au cas par cas -, ce qu'il faut impérativement fixer préalablement est un délai minimal au-dessous duquel le laps de temps à disposition de l'accusé sera considéré comme trop court et donc insuffisant pour entamer convenablement la préparation de sa défense, mais également une limite maximale au-delà de laquelle le jugement sera rendu avec retard. Il nous semble que la règle statutaire et la réglementation procédurale sont déficitaires à cet égard.

iii. La communication libre, confidentielle et sans retards avec le défenseur

En vertu de son caractère multiple, le droit à la préparation de sa défense en temps utile présente une connexité très forte avec un autre droit mentionné dans l'art. 67(1)(b)¹²²², celui de communiquer librement et confidentiellement avec un conseil de son propre choix, un droit qui est aussi efficace lorsqu'il est accompli promptement et sans restrictions¹²²³. En effet, le respect des temps d'accès aussi bien aux éléments de preuve qu'au conseil permettent l'exercice d'un droit unique : le droit à se défendre. Une communication tardive avec le conseil ou soumise à des restrictions affecte la préparation de la défense, qui doit s'accomplir non seulement en temps utiles, mais également en observant la plus grand réserve. En effet, la confidentialité s'impose en raison des contenus délicats des conversations entre l'accusé et son défenseur, le seul dépositaire des révélations de l'accusé et gardien du secret professionnel. Dans cette optique, la communication est, d'une part, confidentielle, puisqu'elle se déroule uniquement entre l'accusé et son conseil, sans

¹²²² Cf. la règle 97 commune aux R.P.P. des T.P.I.

¹²²³ A cet égard, voy. U.N. Body of Principles art. 8(2), "[...] shall be allowed adequate time and facilities for consultation with his legal counsel", et (3), "The right of a detained or imprisoned person to be visited by and to consult and communicate, without delay or censorship and in full confidentiality, with his legal counsel may be suspended or restricted save in exceptional circumstances[...]".

aucune intrusion de la part d'autrui, mais est en même temps libre, dans la mesure où elle ne présente de limites ni quantitatives, telles que les communications partielles, ni qualitatives, telles que les *omissis* dus aux foudres de la censure.

En général, le problème de la confidentialité des communications entre le conseil et l'accusé se pose surtout lorsque celui-ci est en détention¹²²⁴, du fait du risque que leurs conversations soient interceptées et que leur entretiens soient placés sous la surveillance des agents pénitentiaires¹²²⁵. Dans ces situations, le conseil a « un permis de visite permanent »¹²²⁶. Le principe de la confidentialité des communications avec le conseil couvre également la correspondance, qui ne peut être interceptée par les autorités, à l'exception des cas de complicité dans le crime entre conseil et inculpé¹²²⁷. La confidentialité et sollicitude de la communication avec le conseil sont la garantie d'efficacité et d'effectivité de la défense¹²²⁸, qui, surtout pour l'accusé détenu, implique en premier lieu un rencontre personnelle, physique, téléphonique ou par courrier, avec le professionnel, sans intrusions ni surveillance de la part d'autrui¹²²⁹. Il s'agit d'un élément fondateur du procès équitable, *ex art.* 6(3)(c), dont la portée s'étend au dehors du procès proprement dit, à savoir au dehors de la salle d'audience ou du quartier pénitentiaire. La seule dérogation au secret de la communication peut être représentée par la présence d'un interprète, si le défenseur et l'accusé ne parlent pas la même langue.

L'accusé doit pouvoir s'entretenir librement avec son défenseur en dehors de la présence de témoins, à n'importe quel titre, toute restriction à la libre communication avec le conseil devant être justifiée et limitée à des cas exceptionnels. En règle générale, seulement des cas d'absolue nécessité peuvent justifier une mesure qui restreint un droit de l'accusé¹²³⁰. Dans cette perspective, la Chambre, sur demande du Procureur, peut limiter ou réglementer toute communication du détenu s'il y a des motifs raisonnables de croire que le contact soit prodromique à son évasion, serve à transgresser un ordre de non divulgation, soit nuisible au détenu, à autrui, à la procédure, à toute autre enquête ou à la sécurité publique¹²³¹. Le contradictoire est toutefois assuré, car la personne est préalablement informée de la requête du Procureur et le droit lui est offert d'être entendue et de présenter des observations. Il s'agit de droits qui sont différés en cas d'urgence et si l'intérêt de la

¹²²⁴ Voy, U.N. Basic Principles on the Role of Lawyers, art. 8 et U.N. Standard Minimum Rules, règle 93.

¹²²⁵ T.S.S.L., Président, Ordonnance relative aux conditions de détention, 21 avril 2009, CH/PRES/2009/01, §§ 13-20, 29-31, en matière de conditions de la détention et modalités des communications avec le conseil.

¹²²⁶ C.P.I., norme 178(1) R.G.

¹²²⁷ *Ibid.*, norme 182(1) R.G.

¹²²⁸ Voy. C.E.D.H., *S. c. Suisse*, 28 novembre 1991.

¹²²⁹ C.P.I., 173 à 175.

¹²³⁰ C.E.D.H., *Artico c. Italie*, cit. et C.E.D.H., *Melin c. France*, cit.

¹²³¹ C.P.I., norme 101(2) R.C.

bonne administration de la justice le commande¹²³², car seuls des cas exceptionnels permettent à une ordonnance de restriction d'être appliquée avant que le détenu en soit informé. Cependant, la personne détenue, qui doit être informée « aussitôt que possible », ne perd pas ces droits, qu'elle pourra exercer ensuite¹²³³.

b. L'art. 67 (1)(c) : le droit à être jugé sans retard excessif

i. Retard excessif et délai raisonnable

Le Statut de Rome impose à la Cour de juger sans retard excessif. En effet, le procès équitable ne peut ignorer la nécessité de circonscrire la durée du procès à un délai raisonnable, qui est parmi les droits de l'accusé et parmi les règles de la justice, étant sa lenteur sa dénégalion. Un retard excessif ou un délai raisonnable s'estiment dans le cadre du dossier, qui peut présenter une complexité telle qu'il implique de demander la présence d'expertises, la résolution de plusieurs questions préjudicielles et collatérales au procès, ou la convocation d'un nombre important de témoins. Par ailleurs, une durée prolongée du procès due à une utilisation abusive d'appels interlocutoires ou d'autres actions légales dilatoires, interjetés par l'accusé dans le but de voir la condamnation procrastinée ou de ralentir le procès, ne sera imputable qu'à l'accusé¹²³⁴. Par l'affaire *Lubanga*, la Cour a fait l'objet de beaucoup de critiques à cause des difficultés à respecter ce droit, en raison des nombreux problèmes qui ont retardé de quatre ans le début du procès dès l'arrestation de l'accusé.

Le Statut de la Cour utilise plusieurs expressions pour indiquer le droit de l'accusé à un temps raisonnable, comme « aussitôt »¹²³⁵, « aussitôt que possible »¹²³⁶ et « sans retard excessif »¹²³⁷, préféré par les Etats Parties à l'expression positive « dans un délai raisonnable », utilisée plus couramment par les autres traités internationaux¹²³⁸. En effet, pour indiquer cette obligation, le Statut utilise trois mots, lesquels, si analysés singulièrement, expriment trois significations négatives différentes, à savoir : « sans », qui indique une privation ou un manque; « retard », un substantif négatif indiquant le dépassement d'une limite temporelle ; enfin, « excessif », qui est le franchissement d'une mesure indiquant un équilibre.

¹²³² Ibid., norme 101(1).

¹²³³ Ibid., norme 101(3) R.C.

¹²³⁴ Voy. C.E.D.H., 20 févr. 1991, aff. *Vernillo c. France*, série A, n° 198 : *Gaz. Pal.* 6-7 mars 1992, p. 18.

¹²³⁵ C.P.I., art. 59(2).

¹²³⁶ Ibid., art. 59(7).

¹²³⁷ Ibid., art. 67(1)(c).

¹²³⁸ Voy., C.E.D.H. art. 6(3)(a).

Or, l'adjectif « excessif » est le terme qui, plus que les autres, exprime l'interdiction statutaire en termes rigoureux et sévères, alors que l'expression « dans un délais raisonnable », par sa souplesse, rend l'obligation plus générique, surtout si l'on considère que l'adjectif « raisonnable », comme on l'a vu, implique une largesse d'évaluation qui varie en fonction des critères personnels et des valeurs subjectives de celui auquel l'appréciation du « raisonnable » est confiée. Toutefois, la rigidité de la terminologie statutaire indique une protection moins étendue de celle offerte par l'expression « raisonnable », plus générale mais plus ample, car capable de prévenir un nombre plus large de violations. D'autre part, il faut considérer que la prescription de juger « sans retard excessif » est symptomatique de la qualité de la sphère de protection de l'art. 67(1)(c), qui impose à la Cour encore une fois une obligation positive, à savoir juger comme il faut, bien que le droit soit protégé en termes négatifs par la lettre de l'art. 67(1)(c). Du fait de cette obligation positive, la Cour est donc obligée de faire et non simplement de s'abstenir, comme la formulation négative « sans retard excessif » pourrait l'indiquer.

En effet, l'obligation d'empêcher toute longueur de la justice se traduit dans une sorte de devoir de célérité de la justice - même si l'expression « célérité » n'est pas appropriée - ou plutôt dans le devoir de juger dans un « délai raisonnable ». A cet égard, la jurisprudence de la C.P.I. a fondu les deux concepts de célérité et de temps raisonnable pour indiquer l'une des caractéristiques du procès équitable¹²³⁹. Or, l'obligation de *facere*, qui implique une action, se révèle plus importante qu'une obligation passive de simple non entrave et d'abstention de tout possible intrusion dans le droit d'autrui. Dans cette perspective, la Cour est donc obligée par le Statut de rendre effectif le droit de l'accusé à être jugé sans retard excessif, d'autant plus que ce droit n'est qu'un postulat du droit au juge, puisque *justice delayed justice denied*. A cet égard, J.-L. Charrier souligne la connexité entre le droit à un délai raisonnable et le droit au juge, qui en résulte, conditionné par le facteur temporel et qui est destiné à rester un « leurre » si la décision n'est pas rendue dans un délai raisonnable¹²⁴⁰. Le droit protégé par l'art. 67(1)(c) rend effectif le droit au juge et toute violation du premier ne peut qu'entraîner la violation du deuxième droit, qui est d'ailleurs le principal, puisque sa négation place l'accusé dans une situation de non-droit.

ii. L'obligation solidaire de la Cour et des Etats Parties

¹²³⁹ A cet égard voy. les observations de la Chambre préliminaire envers les deux concepts de « *expeditiousness* » et « *reasonable time* », I.C.C., *situation in CAR, Prosecutor v. Jean Pierre Bemba*, Pre-Trial Chamber III Single Judge, Decision on the Prosecutor's application for leave to appeal Pre-trial Chamber III's decision on disclosure, ICC-01/05-01/08-75, 25 August 2008, § 17.

¹²⁴⁰ J.-L. CHARRIER, *op. cit.*, p. 105 et s.

Le problème lié aux temps des procès devant la C.P.I. doit être considéré à la lumière de l'absence d'un recours effectif et efficace pour interrompre la violation, mais également à la lumière du manque d'un organe supérieur à la Chambre d'appel ou extérieur à la Cour, que l'accusé pourrait saisir pour faire constater la violation liée à la durée, d'autant plus que le Statut ne prévoit pas l'annulation de la décision rendue ou de l'activité accomplie en violation de l'art. 67(1)(c) et que l'*abus of procedure* est un cas exceptionnel. Or, l'obligation de ne pas provoquer des retards ne se limite pas à la Cour, puisqu'elle s'étend aux Etats Parties, qui, par la coopération, doivent adopter toute mesure nécessaire pour assurer la célérité de la procédure qui se déroulera devant la Cour. En effet, la lenteur de la justice de la Cour est directement imputable à l'instance et à ses organes à cause de l'inapplication de toute mesure apte à protéger le droit, mais elle est indirectement imputable également aux Etats Parties du fait d'une législation lacunaire et inefficace. L'obligation positive des Etats Parties consiste à collaborer avec la Cour et formuler une législation appropriée et en mesure de permettre une adaptation de la législation interne à la règle statutaire.

A notre avis, la responsabilité pour la durée excessive incombe surtout aux Etats Parties. Ainsi, la responsabilité des cours nationales retombe sur les Etats en raison d'un dysfonctionnement et d'une déficience du service public de la justice. A savoir, le dépassement excessif de la durée acceptable des procédures judiciaires est imputable autant aux Etats qu'à la Cour, à cause de l'inaptitude à remplir la mission dont les deux sont chargés dans la même mesure, c'est-à-dire lutter contre l'impunité¹²⁴¹. Toutefois, quand un Etat est responsable pour n'avoir pas mis en place un système judiciaire permettant des procédures rapides, il est sanctionné par les C.E.D.H. ou la C.A.D.H., alors que ni les Etats Parties ni la C.P.I. ne sont assujettis à aucune juridiction supérieure. Comme la première affaire de la C.P.I. l'a démontré, la durée du procès est un concept plutôt « élastique » devant cette juridiction, dans la mesure où il a fallu attendre six ans afin que Thomas Lubanga Dyilo soit jugé, à partir du moment de son arrestation, le 16 mars 2006, jusqu'à sa condamnation, le 14 mars 2012¹²⁴². Dans cette affaire, les faits se sont déroulés entre 2002 et 2003 alors que le procès n'a pas débuté avant 2009, l'accusé a donc été maintenu longtemps dans une

¹²⁴¹ A cet égard il y a plusieurs arrêts prononcés par la Cour de Strasbourg envers l'Italie, pour une accumulation de manquements à l'exigence du délai raisonnable, qui constituerait une circonstance aggravante de la violation, voy. C.E.D.H., *Paderni c. Italie*, 25 févr. 2000.

¹²⁴² Après sa remise à la Cour, le 16 mars 2006, l'audience de confirmation des charges à l'encontre de Lubanga, d'abord fixée au 27 juin 2006, s'était tenue du 9 au 28 novembre 2006, à cause des retards générés par de nombreuses exceptions et demandes aussi bien de la part de l'accusation que de la défense. La décision sur la confirmation des charges est intervenue le 29 janvier 2007, alors que le procès devant la Chambre de première instance a débouté le 20 janvier 2007/12 26 janvier 2009. C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, cit.

condition incertaine qui ne permettait pas la confirmation des inculpations, d'autant plus qu'il a été maintenu en détention provisoire pendant toute la durée de la procédure devant la Cour.

iii. Durée et délai dans l'acception cumulative de temps

Il est vrai que les temps nécessaires pour la recherche de la vérité ne peuvent être fixés préalablement de manière précise, surtout dans un domaine de la justice qui se caractérise par des enquêtes très compliquées et par l'importance de l'objet de la cause. Dans cette optique, tous les procès devant la Cour présentent le même niveau de gravité. On peut penser que c'est à cause de sa complexité et importance que la justice pénale internationale n'a pas mis l'accent sur un concept de procès « rapide »¹²⁴³, mais plutôt sur le dépassement de la durée au-delà d'une certaine limite de temps, qui entraîne plusieurs conséquences, telle que l'augmentation des frais de la justice, notamment les honoraires de l'avocat de la défense. Comment faut-il donc mesurer les temps de la justice et quels sont les paramètres pris en considération pour ce calcul¹²⁴⁴?

Tout d'abord il faut préciser que la complexité du droit à être jugé sans retard excessif se traduit dans le respect de plusieurs délais - voire le délai pour la connaissance des charges ou pour la préparation de la défense -, dont le dépassement provoquerait des nullités procédurales. Mais pour mesurer la durée de la justice, il faut partir du terme « procès », par lequel nous entendons ici la procédure tout court - et non le procès en tant que débats - dont la durée est calculée en considérant un moment initial, le *dies a quo*, et un moment final, le *dies ad quem*. En ce qui concerne le *dies a quo*, le calcul pour déterminer le point de départ du délai est plus incertain dans le cadre de la justice pénale internationale, puisqu'il coïncide avec le moment de la remise volontaire de l'accusé à la Cour ou de son arrestation avant procès. En fait, il est plus simple de déterminer le *dies ad quem*, puisqu'il coïncide avec le jour de la décision, de laquelle l'accusé prend personnellement connaissance, le procès par contumace étant interdit devant la Cour. Le *dies ad quem* coïncide donc avec la conclusion irrévocable de la procédure pénale contre l'individu, suite à une décision faisant autorité de chose jugée, puisqu'il n'y a plus d'autres possibilités de faire appel¹²⁴⁵. Devant la Cour, le *dies a quo* est plus controversé, coïncidant plutôt avec la première

¹²⁴³ Sur le concept de "raisonnable", voy. la jurisprudence de Strasbourg, en particulier : C.E.D.H., *Ridi v. Italie*, 27 février 1992, série A n° 229-B. Dans cette perspective, J. Velu/R. Ergéc, « La notion de délai raisonnable dans les articles 5 et 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme », *R.T.D.H.* (1991) n° 24, p.137 ss., n° 24.

¹²⁴⁴ En la matière, voy. P. PAULIAT-DEFAYE, « Le temps de la décision de la justice et de son exécution », in Gaboriau/H. Pauliat (éd.), *Le temps, la justice et le droit*, Pulim, Limoges, 2003, p. 150.

¹²⁴⁵ En réalité, la procédure comprend également la phase de l'expiation de la sanction, le *dies ad quem* serait la fin de l'expiation. Pour une analyse approfondie de la thématique, voy. F. KUTY, *Justice pénale et procès équitable. Exigence du délai raisonnable. Présomption d'innocence. Droits spécifiques du prévenu*, Larcier, Bruxelles, 2006, p. 56, selon lequel une justice rétive est une justice fautive ; M. NICOLAS, *Le droit au délai raisonnable devant les juridictions pénales internationales*, Publications Universitaires Européennes, Peter Lang, Bruxelles, p. 21.

comparution de la personne, alors que, selon la Cour de Strasbourg, le *dies a quo* coïncide avec l'instant où une personne prend connaissance d'une accusation contre elle par une notification judiciaire ou par d'autres moyens, tels que la convocation à un interrogatoire ou l'application d'une mesure limitative de sa liberté personnelle¹²⁴⁶.

En effet, le concept que le Statut donne au temps comprend les deux concepts de durée et de délai, même si le délai présente une connotation plus précise, correspondant à un moment d'expiration (normalement la date ou l'heure)¹²⁴⁷, qui est donné par la loi ou par le juge, pour l'accomplissement ou l'interdiction d'une action ou obligation procédurale¹²⁴⁸. Dans le cadre de notre analyse, le concept de temps que nous intéresse est plutôt la durée d'ensemble du procès devant la C.P.I., à savoir le laps de temps considéré comme admissible aux fins de la justice et des intérêts des parties, notamment la défense. Afin qu'une durée soit donc raisonnable, il faut évaluer en premier lieu l'espace temporel entre le *dies a quo* et le *dies ad quem*, en considérant, entre autres, l'affaire dans sa complexité. En raison de leur nature particulière, du nombre considérable de moyens de preuve et de témoins, les affaires devant la Cour nécessitent une analyse très attentive, un traitement particulièrement prudent et par conséquent, une procédure prolongée¹²⁴⁹.

Dans le concept général de durée s'encadrent les délais que les juges de la Cour fixent pour articuler les débats et régler la procédure. Les délais sont donnés par des ordonnances, tenant compte « *de la nécessité de promouvoir l'équité et la diligence des procédures en ayant particulièrement à l'esprit les droits de la défense et des victimes* »¹²⁵⁰. En revanche, la rapidité de l'action des parties par rapport à chaque ordonnance de fixation des délais est mesurée tenant compte de l'intérêt exclusif de la défense¹²⁵¹. Pour les procédures qui présentent une activité probatoire plutôt complexe, la durée s'apprécie ayant à l'esprit les résultats d'une bonne activité des organes juridictionnels et judiciaires, qui doivent donner un bon exemple d'administration de la justice afin que celle-ci ne soit pas viciée par des retards injustifiés. Mais, le délai dû à l'accusé s'étend également au moment du prononcé, lorsque la Chambre de première instance se retire à huis

¹²⁴⁶ C.E.D.H., *Martinus Moreira v. Portugal*, 26 oct. 1988, série A, n° 143 et Comm. E.D.H., requête n° 10253/83, *Savoldi v. Italie* : DR 65/5, 2 déc. 1986.

¹²⁴⁷ La C.P.I. fixe plusieurs délais, surtout dans le R.P.P., voy. la règle 164 indiquant le délai de prescription pour les infractions relatives aux atteintes à l'administration de la justice ou la règle 188, qui fixe le délai de 60 jours pour la production de documents après l'arrestation.

¹²⁴⁸ B. BOULOC, « La durée des procédures : un délai enfin raisonnable ? », *R.S.C.* (2001), n° 1, p. 55 et s.

¹²⁴⁹ Cf. les "maxi - procès" italiens des années '90 contre la mafia, ainsi nommés du fait d'être caractérisés par un nombre extraordinaire de témoins.

¹²⁵⁰ C.P.I., règle 101(1).

¹²⁵¹ *Ibid.*, règle 101(2), « *Compte tenu des droits de la défense, en particulier ceux qui sont visés à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 67, les parties auxquelles une ordonnance est adressée s'efforcent d'agir aussi rapidement que possible, dans le délai imparti par la Cour* ».

clos afin de délibérer et rendre sa décision¹²⁵². Le concept général de durée est donc une mosaïque se composant de plusieurs éléments.

De la même manière, le comportement de l'accusé au cours du procès contribue beaucoup à sa durée, toute perturbation au cours des débats étant susceptible de le ralentir. Dans ce cas, le dépassement n'est pas toléré ni ne peut faire l'objet de plainte ou d'une demande de réparation de la part de celui qui y a contribué par le truchement d'actions dilatoires ou par sa participation insuffisante aux débats¹²⁵³. Toute conséquence préjudiciable retombera alors sur l'accusé et ne sera imputable qu'à lui. Dans la même mesure, les retards imputables aux juges ou au Procureur ne donnent pas droit à une indemnisation, le Statut de Rome étant lacunaire à cet égard. De plus, il n'est prévu formellement aucun appel contre cette dysfonction procédurale ni aucune autorité auprès de laquelle l'accusé peut porter plainte pour avoir subi un procès excessivement prolongé, à l'exception de l'abus de procédure qui est plutôt un remède général et extrême à invoquer au cours du procès. Il s'agit d'un véritable vide dans le régime statutaire en matière de garanties de la défense.

iv. La juste mesure entre célérité, efficacité et effectivité

Les paramètres pour calculer la durée de la justice changent quand il s'agit de justice pénale internationale, où les intérêts en jeu sont spécifiques. Les paramètres sont donc différents en fonction d'intérêts concurrents et l'appréciation du caractère raisonnable ou non excessif du délai peut varier selon l'importance de l'intérêt concerné. Parmi les intérêts en jeu dans les procès devant la Cour, il y a la vérité et la justice pour les victimes, qui peut impliquer une durée prolongée, étant donné la nécessité que justice soit faite de manière complète. D'autre part, certaines conditions subjectives de l'accusé, telles que, par exemple, sa condition *in vinculis* ou son âge avancé, pourraient justifier une attention particulière à la célérité, conformément à l'orientation de la Cour de Strasbourg, qui demande parfois une « accélération » des temps¹²⁵⁴. Dans l'affaire Lubanga, la Cour n'a pas fait preuve de juste mesure du fait de l'échec des tentatives de sauvegarder plusieurs intérêts concurrents. Donc puisque les exigences du procès équitable commandent également que les intérêts de la défense soient mis en balance avec ceux des témoins ou des victimes appelés à

¹²⁵² *Ibid.*, règle 142(1).

¹²⁵³ C.E.D.H., *Vernillo c. France*, 20 févr. 1991, série A, n° 198.

¹²⁵⁴ P. LAMBERT, *La notion de délai raisonnable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, R.T.D.H., 1991, p. 3-19 ; voy. également, C.E.D.H., *X c. France*, 31 mars 1992, série A, n° 234-C ; C.E.D.H., *H c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, série A, n° 120 ; Berger, n° 137 ; C.E.D.H., *Abdella c. Pays-Bas*, 12 oct. 1992, série A, n° 235-D.

déposer¹²⁵⁵, les temps du procès devant la C.P.I. ne peuvent négliger la présence de plusieurs protagonistes, une situations qui d'ailleurs peut générer des rapports conflictuels en raison du fait que chaque partie a une perception différente de la mesure du raisonnable qui s'applique à la durée.

Dans ce scénario très articulé et complexe représenté par le procès devant la Cour - surtout en comparaison avec les Tribunaux *ad hoc* où la participation au procès a été niée aux victimes -, l'intérêt à un temps raisonnable du procès n'est pas exclusif de l'accusé, puisqu'il appartient également aux victimes et aux témoins, titulaires à leur guise du même droit concurrent. Tous ont donc les mêmes prétentions de célérité de la justice, pas uniquement l'accusé, et seul les juges ont le pouvoir d'appréciation du raisonnable. Mais, la communauté internationale également présente un intérêt à la célérité, la C.P.I. ayant le devoir de répondre aux exigences spécifiques de défense sociale, de prévention et de réconciliation. Face à ces exigences, seul une justice certaine et non tardive sera vraiment effective.

L'art. 67(1)(c) vise à éloigner toute lenteur injustifiée, sans forcément se rapprocher de la célérité. Dans l'interprétation des instruments normatifs de la Cour, la durée du procès est le temps estimé en bonne foi nécessaire et acceptable, celui qui n'admet pas de retards et dont le respect s'impose aussi bien aux juges qu'à l'accusé et aux autres parties, auxquels n'est pas permis d'obstruer la justice par des comportements incorrects ayant pour but de prolonger les délais. Tous doivent donc contribuer à rendre acceptable la durée du procès. La durée contenue du procès se justifie donc par des raisons d'efficacité de la justice, mais il y a un risque, celui d'entraîner une superficialité procédurale dérivant de la nécessité de respecter la célérité. En réalité, l'efficacité, qui est liée aux exigences de célérité du procès, ne peut jamais négliger l'application scrupuleuse des normes procédurales, ni l'oralité du procès peut justifier un débat sommaire. Voilà comment l'efficacité ne coïncide pas forcément avec la célérité. D'autre part, une application excessivement littérale ou trop stricte des règles procédurales de la part des juges est également susceptible d'affecter l'efficacité, en provoquant une longueur de la procédure insupportable.

Seul l'appréciation du raisonnable selon le juste moyen préserve le caractère équitable de la procédure et ne sacrifie pas le justiciable sur l'autel d'autres intérêts concurrents, surtout lorsqu'il - présumé innocent - est maintenu en détention provisoire pendant longtemps. Au-delà de la distance entre célérité et efficacité, il y a encore une autre distinction dont il faut tenir compte, car il ne faut pas confondre le concept d'efficacité avec celui d'effectivité de la justice, étant celle-ci la capacité

¹²⁵⁵ Cf. la jurisprudence de la C.E.D.H. *Doorson v. N.L.*, 26 mars 1996, Recueil Série A, 1996, 446.

de produire des effets concrets sans se limiter à une simple énonciation de principe. Par contre, l'efficacité est la capacité de contribuer à la bonne administration de la justice et se traduit *in primis* en une procédure équilibrée et respectueuse des intérêts de toutes les parties. Dans cette perspective, l'efficacité de la justice se mesure également par la disponibilité d'instruments pratiques et de services – tels que le service de traduction ou de désignation d'office des conseils de la défense – aptes à activer la machine judiciaire et à assurer la régularité de son fonctionnement. Autrement dit, l'efficacité de la justice demande la mise à disposition des facilités nécessaires à la défense. Or, le thermomètre pour calibrer les temps sans affecter l'efficacité est la qualité de la durée, qui doit donc se maintenir « raisonnable » pour toute la durée de la procédure¹²⁵⁶.

B. La présence de l'accusé au procès

L'absence de l'accusé au procès représente depuis toujours un instrument qui peut provoquer des abus de pouvoir et des erreurs judiciaires¹²⁵⁷. Ce risque est à l'origine d'une évolution des droits de l'homme qui s'oppose à la contumace de l'accusé. Devant la Cour, il n'y a pas de procès s'il n'y a pas d'accusé (1), à l'exception des cas prévus par le Statut ou admis par la Cour au cas par cas (2).

1. L'art 67 (1)(d) en corrélation avec l'art. 63: le droit à être présent à son procès

« L'accusé est présent à son procès »¹²⁵⁸, la lettre du Statut est plutôt péremptoire, elle semble vouloir prescrire un droit en termes de devoir, puisque l'accusé jouit du droit à être présent mais, en même temps, il est obligé d'être présent pour faire en sorte que la justice marche. Deux intérêts s'opposent : celui de l'accusé à renoncer à son droit et celui de la justice qui empêche le procès *in absentia* (a). Dans le système de la Cour, le justiciable ne peut donc priver le procès de sa présence physique mais peut bien renoncer à son conseil, en décidant de se défendre soi-même (b).

a. Droit ou devoir d'être présent ?

¹²⁵⁶ P. LAMBERT, *La notion de délai raisonnable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *ibid.*; G. LUCAZEAU, « Le délai raisonnable est-il bien raisonnable ? », *J.C.P., E.G.*, n° 3, I103, 2009, p. 21 ss.. *Juris-classeur périodique* (Semaine juridique); L. DUONG, « Le raisonnable dans les principes du droit européen des contrats », *R.I.D.C.*, n° 3, 2008, p. 701.

¹²⁵⁷ L'un des premiers procès *in absentia* a été celui contre le commandant athénien Alcibiade, en 415 a.. C., au cours des guerres péloponnésiques. Il s'était réfugié en Sicile car les autorités athéniennes lui avaient interdit de se rendre à Athènes pour suivre son procès, voy. PLUTARQUE, *Alcibiade*, §§ 19,6 et 22, 3; D. KAGAN, *The Peloponnesian War*, Mondadori, Milano, 2006, pp. 266-383.

¹²⁵⁸ C.P.I., art. 63(1).

i. Le contradictoire comme droit sous-tendant la présence de l'accusé

En parlant de l'égalité des armes, nous avons déjà analysé le droit au contradictoire, garanti par les articles 67(1)(e) et 67(2). Par le biais de son droit au contradictoire, l'accusé peut interagir dans le procès pour activer les autres droits procéduraux. En d'autres mots, l'accusé doit créer un dialogue avec les autres protagonistes du procès devant la Cour et prendre part à la dialectique contradictoire. Pour cela, sa présence est l'une des conditions essentielles. Mais le droit au contradictoire n'appartient pas uniquement à l'accusé, c'est un aspect indispensable de la notion de procès équitable, puisqu'un débat contradictoire donne à chaque partie participant à la procédure, accusé, accusations et victimes, la même possibilité de présenter sa cause devant la Cour¹²⁵⁹. Autrement indiqué par l'expression latine *audi alteram partem ou audiatur et altera pars*, le principe du contradictoire empêche au juge de décider sur une question avant d'avoir écouté ou, au moins, avant d'avoir régulièrement cité à comparaître les parties concernées par la question, principalement l'accusé¹²⁶⁰.

Il y a des systèmes juridiques typiques du droit continental où le principe du contradictoire est fortement réduit, là où il figure dans les systèmes anglo-saxons. En termes généraux, le contradictoire est désormais présent comme garantie d'équité dans beaucoup de systèmes juridiques et le procès devant la Cour suit cette tendance évolutive. Le contradictoire, qui caractérise le modèle accusatoire, est donc l'un des standards indispensables pour un procès équitable et tous les Statuts des juridictions pénales internationales s'en inspirent. On parle de modèle accusatoire mais on pourrait parler plutôt de modèle *adversarial*, dans la mesure où, dans l'optique du contradictoire, les parties « adversaires » se présentent au débat devant le juge dans le cadre d'une procédure inter partes qui est opposé à l'*ex parte procedure* où l'une des parties est exclue.

Le contradictoire caractérise donc la procédure devant la C.P.I., surtout pendant la phase des débats, où le juge joue un rôle central dans sa fonction de garantie d'un procès équitable, dont le contradictoire est la matrice. Dans ce sens, le contradictoire rassemble et garantit la plupart des droits de la défense au sens technique, comme le droit à la production de preuves à décharge, ou le droit à interroger et à contre-interroger les témoins dans les mêmes conditions. Autrement dit, le

¹²⁵⁹ C.P.I., *Situation en RDC. Le Procureur v. T. Lubanga Dyilo*, Chambre d'appel, Opinion individuelle concordante du juge Georgios M. Pikis, Décision relative à la demande d'autorisation du Procureur de répondre aux conclusions de la Défense en réponse au mémoire d'appel du Procureur, cit.

¹²⁶⁰ R. MAISON, «Le principe du contradictoire devant les juridictions pénales internationales », in H. RUIZ FABRI/J.-M. SOREL (dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions pénales internationales*, Editions Pedone, Paris, 2004, pp. 97-110.

contradictoire donne à l'accusé les instruments pour se défendre¹²⁶¹, en premier lieu le droit de parole et par conséquent, le droit de réplique aux arguments soutenus par l'accusation et par les victimes. Le principe du contradictoire, qui est strictement lié à la présence de l'accusé et de son conseil, est en outre strictement lié au principe de l'égalité des armes, dans la mesure où le contradictoire se réalise lorsque les parties, surtout l'accusation et la défense, sont placées sur le même plan, car tout déséquilibre finirait pour favoriser l'une par rapport à l'autre.

Par rapport au contradictoire, la Chambre a un rôle tertiaire, elle est garant du contradictoire. Il s'agit d'abord de la Chambre préliminaire, qui garantit le contradictoire déjà au moment de la confirmation des charges¹²⁶², quand le Procureur a terminé l'enquête, conformément à l'art. 54. Dans cette phase, qui est la seule où l'absence de l'accusé est permise, la Chambre active sa fonction de contrôle, en vérifiant que l'enquête a été conduite dans le plein respect de la loi et des droits de la défense. De plus, elle reconnaît à la défense le droit d'intervention par le biais de requêtes formelles et le droit à la contestation des charges déjà dans la phase qui précède l'ouverture du procès. En effet, pendant les investigations, il n'y a pas de contradictoire, étant donné le pouvoir presque absolu du Procureur et l'absence du suspect, ce qui produit une inégalité entre accusation et défense. C'est, donc, à partir de la phase préliminaire que la défense peut commencer à faire preuve de toute son habileté pour récupérer un déséquilibre à l'origine¹²⁶³. Dans cette perspective, le contradictoire a une sorte d'effet rétroactif. Au cours de l'audience de confirmation des charges, mais surtout devant la Chambre de première instance, le contradictoire est, en revanche, garanti par l'égalité des armes, qui confère à la défense une série de droits comparables aux droits du Procureur. A ce moment, la Chambre quitte son rôle passif d'observateur et assume un rôle plus actif d'organisateur du débat, par exemple, à travers l'injonction aux parties de produire des éléments de preuves supplémentaires¹²⁶⁴. Le respect de la règle imposant l'échange mutuel des pièces est donc assuré par la Chambre de première instance, qui doit vérifier que l'échange ait eu

¹²⁶¹ C.P.I., art. 67(1)(e)(2).

¹²⁶² *Ibid.*, art. 61.

¹²⁶³ A cet égard, on peut signaler la formule du juge Stephen contenue dans son opinion séparée relative à la Décision du 27 Novembre 2006 rendue par la Chambre de première instance du T.P.I.Y. dans l'affaire *Le Procureur v. Dusko Tadić*, concernant la communication des pièces avant le procès. Sur la base du principe du contradictoire, les deux parties ont l'obligation de produire avant le procès les éléments de preuve recueillis, sous peine d'une sanction (art. 68*bis* du Statut du T.P.I.Y.). Or, en cette occasion, le Juge Stephen, selon une interprétation stricte et littérale du principe du contradictoire et d'égalité des armes, soutint très courageusement que la dissymétrie entre accusation et défense serait nécessaire au cours du contradictoire et que la communication des pièces avant le procès serait obligatoire exclusivement pour l'accusation. On peut envisager la *ratio* de cette opinion dans le droit de l'accusé de choisir de ne pas se défendre ou dans son droit à ne pas voir inversé l'*onus probandi*, qui produirait inévitablement l'obligation de prouver son innocence. Paradoxalement, cette interprétation extrême du principe du contradictoire risquerait de produire de fausses interprétations défavorables à l'accusé, en donnant lieu à des véritables violations des droits de la défense.

¹²⁶⁴ C.P.I., art. 64.

lieu et, le cas échéant, disposer la divulgation des moyens de preuve qui n'ont pas été produits¹²⁶⁵. Dans cette phase du procès, l'absence de l'accusé n'est plus permise.

ii. L'interdiction du procès in absentia dans le Statut de Rome

La disposition statutaire en la matière reflète l'orientation jurisprudentielle sur les droits de l'homme, qui voit dans le droit de l'accusé à être présent à son procès la condition nécessaire pour garantir un débat équitable et contradictoire¹²⁶⁶. En effet, comme nous l'avons déjà dit, la présence de l'accusé permet l'exercice de toute une série d'autres droits procéduraux qui composent un « tout indivisible » que l'on appelle procès équitable. Seulement si l'accusé est présent aux débats il peut exercer tous les droits nécessaires à sa défense et interagir avec l'accusation et les parties civiles. Mais la dictée péremptoire de l'art. 63(1) semble révéler une certaine généricité formelle et ambiguïté, dans la mesure où la disposition statutaire ne dit pas que « l'accusé jouit du droit à être présent à son procès », une formule qui aurait transformé en objet de renonciation une condition qui, en revanche, se présente comme absolue et incontournable pour le déroulement valable du procès, puisque le procès devant la Cour ne peut avoir lieu sans l'accusé. En outre, ce qui semble sibyllin est la portée du droit, d'autant plus que la doctrine attribue un caractère relatif au droit énoncé dans le Statut, lorsqu'elle adopte parfois le mot « faculté » au lieu de « droit » à être présent¹²⁶⁷. Dans cette optique, la thèse portant sur la relativité du principe serait confortée par la teneur de la règle 144 (1), selon laquelle la Chambre de première instance prononce certaines décisions en présence de l'accusé, « si possible »¹²⁶⁸. Dans la même perspective, il faut considérer les situations où l'absence de l'accusé est admise et, dans des cas extrêmes, même imposée par la Cour. Mais, au-delà de toute considération purement formelle, le sens de l'interdiction posé par le Statut de Rome est loin d'être générique ou incertain.

En effet, pour comprendre la ratio de la norme statutaire il est intéressant de connaître l'intention des Etats Parties et par conséquent, le débat qui a accompagné l'introduction de la règle, puisque la prescription statutaire, *in primis* l'article 63, a fait l'objet d'un très long débat au sein des travaux pour la rédaction du Statut de Rome. Aux partisans de l'interdiction du procès *in absentia* comme garantie fondamentale et incontournable pour un procès équitable s'opposaient ceux pour

¹²⁶⁵ A cet égard, cf. l'art. 64(3)(c) et la règle 132, prévoyant des conférences régulières de mise en état ; en l'espèce voy. R. Mison, « Le principe du contradictoire devant les juridictions pénales internationales », *op. cit.*, pp. 97-99.

¹²⁶⁶ Voy. C.E.D.H., *Colozza c. Italie*, Arrêt, 12 février 1985, § 27 ; C.E.D.H., *Krombach c. France*, Arrêt, 13 février 2001, n° 29731/96, § 86.

¹²⁶⁷ Voy. D.-D. PREIRA/A. MBAYE/S.-S. SHOMANESH, « Art. 63. Procès en présence de l'accusé », in J. FERNANDEZ/X. PACREAU, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Editions Pedone, Paris, 2012, p. 1434-1441, en particulier p. 1429.

¹²⁶⁸ Il s'agit des décisions concernant la recevabilité de l'affaire, la compétence de la Cour, la responsabilité pénale de l'accusé, la peine ou les réparations.

qui le procès par contumace n'était pas interdit par les documents sur les droits de l'homme, tel que la C.E.D.H.¹²⁶⁹ et aurait donné à la C.P.I. la possibilité d'exercer son mandat en tout cas de fuite de l'accusé. Certains étaient donc intransigeants sur le caractère absolu de la règle de la présence de l'accusé au procès, alors que d'autres, conformément à certains systèmes juridiques de la tradition romano-germanique, tout attribuant à la règle un caractère général, en admettaient cependant des dérogations limitativement à des cas exceptionnels, tels que les motifs de santé et de sécurité de l'accusé ou d'atteint au bon déroulement du procès.

De plus, la seule condition à l'exception était le respect des droits de l'accusé et par conséquent, la prévision de toute une série de conditions pour l'admissibilité de l'absence¹²⁷⁰. Dans les faits, comme pour d'autres dispositions fondamentales du Statut, le problème était celui d'obtenir le consentement le plus large de la part des Etats au cours de la Conférence de Rome, lors de laquelle le Groupe de travail sur les questions de procédure devait synthétiser en un projet unique toutes les propositions sortant des Etats Parties qui, comme exceptions à la règle, considéraient également admissibles les cas où : l'accusé s'est évadé après avoir assisté à l'ouverture du procès ; l'accusé est dispensé par la Cour s'il le demande ; l'accusé ne se présente pas à l'audience ; une fois en détention, l'accusé refuse de comparaître sans aucune raison fondée¹²⁷¹. Il est évident que le manque d'unanimité sur ce sujet a produit une réglementation qui, selon nous, est générique au niveau de la forme, mais très claire et précise au niveau du contenu.

iii. Le droit à être présent et le droit à ne pas être présent

D'une part, le procès par contumace est considéré un résidu inquisitorial mal toléré même dans certains pays de *civil law*¹²⁷², d'autre part, dans les systèmes nationaux, l'interdiction générale du procès par contumace – typique des systèmes accusatoires - ne reflète pas non plus un principe général absolu. Dans le cadre de la justice pénale internationale, la présence de l'accusé à son procès reflète une garantie désormais bien consolidée¹²⁷³ et T. Meron situe ce droit dans le droit

¹²⁶⁹ Malgré l'absence du droit dans la Convention et que la nécessité de la présence de l'accusé au procès ne soit pas en discussion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme du fait de la *ratio* de l'art. 6 et de l'esprit de la Convention en matière de protection du procès équitable ; voy. C.E.D.H., *Krombach c. France*, Arrêt, cit. et *Poitrimol c. France*, Arrêt, 23 novembre 1993, n° 14032/88, § 35.

¹²⁷⁰ Voy. le Rapport de la Commission de droit international sur les travaux de sa quarante-sixième session, 2 mai-22 juillet 1994, Assemblée générale, Documents officiels, Quarante-neuvième session, Supplément n° 10, Document A/49/10, p. 117 ss. ; voy. également le Résumé des travaux du Comité *ad hoc* pour la création d'une cour criminelle internationale, Assemblée générale, Document A/AC.244/2, 21 avril 1995, §§ 90-91.

¹²⁷¹ Commission plénière, Groupe de travail sur les questions de procédure, Proposition relative à l'article 63, Document A/CONF.183/C.1/WGPM/L51, 4 juillet 1998, et Document A/CONF.183/C.1/WGPM/L.67, 9 juillet 1998.

¹²⁷² Par contre, en Italie il est restée une situation bizarre puisque le procès par contumace est admis malgré l'adoption, en 1988, d'un modèle procédural à l'imprimé accusatoire.

¹²⁷³ A. CASSESE, *International criminal law, op. cit.*, 2000, pp. 371-372; A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale. II. Diritto processuale, op. cit.*, pp. 101-109; C. J. M. SAFFERLING, *op. cit.*, pp. 241-250; W.-

coutumier¹²⁷⁴. Toutefois, il ne s'agit pas d'un droit absolu et cela est souligné par la jurisprudence de la C.P.I. et par le Statut du T.S.L., qui, à certaines conditions, permettent la procédure par défaut, dont on parlera par la suite. Devant le Tribunal de Nuremberg le procès *in absentia* était admis, mais à la condition d'avoir effectué une notification à l'accusé par tous les moyens disponibles, y compris l'affichage public dans le lieu du domicile de l'accusé¹²⁷⁵.

Les R.P.P. des T.P.I. contiennent une norme qui, dans des circonstances précises, permet à la Chambre de première instance d'être saisie par le Procureur, lorsqu'il a pris toutes les mesures nécessaires pour notifier l'acte d'accusation à un accusé qui se soustrait à la justice. En particulier, ladite procédure rendrait possible l'accomplissement de certains actes selon des procédures accélérées, comme l'audience à huis clos ou *ex parte*¹²⁷⁶, surtout lorsqu'il s'agit d'appliquer des mesures conservatoires, telles que l'examen de l'acte d'accusation ou le décernement d'un mandat d'arrêt. Toutefois, il ne s'agit pas du procès proprement dit, dans la mesure où, en l'absence de l'accusé, les juges n'abordent pas le fond de l'affaire ni se prononcent sur la culpabilité de celui-ci¹²⁷⁷. Devant la Cour, l'absence de l'accusé au procès n'est pas admise, seul le suspect peut être absent au cours de la phase qui précède le procès stricto sensu, à savoir à l'audience de confirmation des charges, qui peut se dérouler *in absentia* si la personne renonce à son droit, est introuvable ou en fuite¹²⁷⁸. L'affaire contre le Président du Sudan Al Bashir confirme encore une fois l'un des problèmes chroniques qui affecte la justice pénale internationale, à savoir la fuite des accusés, souvent favorisée du fait de la complicité de certains Etats qui empêchent la capture des hiérarchies civilo-militaires, surtout lorsqu'elles sont encore en charge¹²⁷⁹.

Or, bien que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ait soutenu à plusieurs reprises l'importance de la présence de l'accusé au procès, qui est nécessaire pour lui permettre de participer au moment où les preuves à charge seront présentées, son absence est

A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 143 s.

¹²⁷⁴ T. MERON, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford University Press, Oxford, 1989, p. 88. Toutefois la thèse est contestée, voy. C.-J.-M. SAFFERLING, *op. cit.*, pp. 25-26.

¹²⁷⁵ T. MERON, *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, pp. 157-158.

¹²⁷⁶ Voy. T.P.I.Y., artt. 18-19, règles 57 et 61. La normative du T.P.I.R. est analogue.

¹²⁷⁷ Voy. T.P.I.Y., *Prosecutor v. Nikolic*, IT-94-2-I, 9 Octobre 1995, Justice Goldston Opening statement et *Prosecutor v. Nikolic*, 31 Octobre 1995, IT-94-2-I, 1/1573bis, § 23; T.P.I.Y., *Prosecutor v. Rajic*, 13 September 1996, IT-95-12-R61, 1392, §§ 1419-1420.

¹²⁷⁸ C.P.I., art. 60 et règle 124. A cet égard, voy. H. ASCENSIO/A. PELLET, « L'activité du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (1993-1995) », *A.F.D.I.*, 1995, p. 110 ; A. CASSESE, « The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and implementation of international humanitarian law », in L. CONDORELLI (dir.), *Les Nations Unies et le droit international humanitaire*, Paris, Pedone, 1996, p. 244.

¹²⁷⁹ C.P.I., *Situation in Darfur. Sudan. Le Procureur v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09.

admise à condition que certaines garanties soient respectées¹²⁸⁰. En particulier, les systèmes juridiques nationaux permettant le procès par contumace demandent plusieurs conditions, comme la preuve de la notification à la preuve que l'accusé a volontairement choisi de ne pas se présenter au procès, une condition qui permet donc au "droit à ne pas être présent" de survivre, sans toutefois créer des contradictions juridiques ; dans ces cas, l'accusé maintient son droit à bénéficier d'un conseil de son choix ou en l'absence de celui-ci, d'un conseil désigné d'office par le juge. Enfin, l'accusé ne perd pas son droit à comparaître au procès à n'importe quel moment et de plus, s'il a déjà été condamné en contumace, il a le droit de demander un nouveau procès. Ladite orientation a été évidemment le fruit d'un lent processus d'affirmation d'une règle qui, en tant qu'exception à un droit, le droit à être présent, requiert des argumentations valables et des garanties supplémentaires afin de se transformer en un droit contraire, à savoir le droit à ne pas être présent.

iv. L'intérêt de l'accusé contre l'intérêt de la justice

Au niveau de la justice pénale internationale, l'intérêt particulier que la société porte à la lutte à l'impunité pour tout crime d'une certaine gravité pourrait prévaloir sur le droit de l'accusé à être présent au procès, surtout lorsque celui-ci est en fuite¹²⁸¹. Il s'agit d'un intérêt public qui nuit à la dialectique du procès, dans la mesure où l'absence de l'accusé est conceptuellement inconciliable avec l'idée d'égalité entre accusation et défense typique du procès devant la C.P.I. et pour cela elle doit rester l'exception à un principe et à une pratique consolidée. Le *rationale* du Statut de Rome en matière d'interdiction du procès *in absentia* réside donc principalement dans le modèle procédural de la Cour, qui prévoit l'interaction entre accusation et défense et demande à l'accusé d'exercer son droit de produire les éléments de preuve à décharge contre les éléments de preuve à charge produits par le Procureur. Il s'ensuit que l'absence de l'une des deux parties nécessaires pour faire marcher le mécanisme dialectique ne pourra que produire une déformation de l'architecture du procès accusatoire de la Cour, qui se fonde sur une idée d'égalité des armes¹²⁸². L'accusé est ainsi présent tout comme le Procureur est présent au procès et la présence libre de la personne accusée est si nécessaire à la reconstruction de la vérité que la restriction de sa liberté en voie provisoire de la personne est permise « [...] seulement lorsque les circonstances justifient qu'elle soit mise en détention pour comparaître à son procès »¹²⁸³.

¹²⁸⁰ C.E.D.H., *Poitrimol c. France*, arrêt, 23 novembre 1993, cit., § 35 ; C.E.D.H., *Krombach c. France*, arrêt, 13 février 2001, § 86 ; C.E.D.H., *Brozicek c. Italie*, arrêt, 19 décembre 1989, § 45 ; C.E.D.H., *Colozza v. Italie*, cit. §§ 27-30 ; C.E.D.H., *Lala et Pelladoach v. Pays Bas*, décision, 22 septembre 1994, §§ 33-34-40-41.

¹²⁸¹ A. CASSESE, *International criminal law, op.cit.*, pp. 371-372.

¹²⁸² A. CASSESE, *ibid.*, pp. 365-388.

¹²⁸³ C.P.I., *Situation en RDC. Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre de première instance I intitulée Décision relative à la mise en liberté de Thomas Lubanga Dyilo, 21 octobre 2008, ICC-01/04-01/06-1487-tFRA, cit., voy. en particulier l'opinion dissidente

La publicité du procès, le droit de se défendre et la présence de l'accusé protègent le principe de la présomption d'innocence. Or, la teneur drastique de la formulation du Statut de Rome en la matière doit être considérée à la lumière de la complexité intrinsèque du procès devant la C.P.I. et de la spécificité des affaires dont elle s'occupe, qui produisent souvent une médiatisation excessive, susceptible de créer des monstres aux yeux de l'opinion publique internationale. La présence de l'accusé peut donc lui permettre de se soustraire à cette stigmatisation. Les raisons pour préférer la présence de l'accusé pendant le procès sont donc multiples et ont été confirmées par l'expérience des juridictions pénales internationales qui ont précédées la Cour¹²⁸⁴. Par ailleurs, les fauteurs du procès *in absentia* soutiennent qu'ainsi le caractère mixte de la procédure serait davantage respecté par l'admissibilité de la procédure par défaut et que l'action pénale de la Cour serait plus efficace. Selon cette orientation, la crédibilité de la Cour ne serait pas entachée par une procédure par défaut admise au-delà des cas de trouble à l'audience, mais à la condition que toutes les mesures pour garantir l'équité du procès soient respectées.

Le procès *in absentia* garantirait la lutte à l'impunité également en cas de fuite de l'accusé – très fréquente au sein de la justice pénale internationale - et l'intérêt des victimes serait préservé, conformément à l'esprit du Statut de Rome, qui donne une place importante aux victimes. En fait, selon les détracteurs, cette procédure assurerait uniquement le procès, mais le jugement resterait simplement symbolique si l'exécution de la peine n'est pas effective. De surcroît, il est illusoire de penser qu'un condamné pour crimes internationaux accepte une condamnation en contumace. De plus, la désignation d'un conseil ad hoc choisi par la Cour ne serait qu'une garantie minimale, d'ailleurs obligatoire et non spéciale, moins efficace encore que dans le cas d'un mandat professionnel « à temps », à savoir limité à des aspects de la procédure et ne touchant pas le fond de l'affaire. Enfin, l'idée d'attribuer le caractère définitif de toute décision de culpabilité uniquement après un certain délai de la publication ne servirait pas à changer les termes du problème¹²⁸⁵.

A notre avis, le problème que l'admissibilité du procès *in absentia* pose est celui de combiner la justice effective avec la justice symbolique, puisque les deux sont exigées par la justice pénale internationale. La justice de l'apparence a la même valeur que la justice effective, lorsqu'il s'agit de crimes ayant produit un nombre important de victimes. Dans cette optique, le régime de l'art. 63(1)

du Juge Pikis.

¹²⁸⁴ A. CASSESE, *ibid.*, pp. 400-405.

¹²⁸⁵ Pour toute hypothèse d'admissibilité, voy. D.-D. PREIRA/a. A. MBAYE/S.-S. SHOMANESH, "Art. 63. Procès en présence de l'accusé", *op. cit.*, en particulier pp. 1438-1439.

et de l'art. 67(1)(d) a un sens, puisque, selon la volonté des Etats Parties, la justice symbolique n'a pas de valeur en manque d'effectivité. Les victimes et la communauté internationale ne demandent pas une justice tout court, mais que les responsables soient traduits physiquement devant la Cour, donnent des explications et leur point de vue, contribuent par le contradictoire à reconstruire et éclaircir les faits et, si jugés responsables, purgent leur peine. Dans cette perspective, une justice purement symbolique ne donne pas de satisfaction, se limitant à donner une décision judiciaire plus proche d'un acte administratif. De plus, la simple vérité judiciaire reste un simulacre de vérité quand il faut établir la vérité sur des crime de masse dont l'atrocité est intolérable pour la conscience humaine.

v. La notion de procès

Pour comprendre à partir de quel moment l'accusé doit être présent, il faut d'abord savoir ce que l'on entend par procès et où il commence, parce que c'est dans cet espace temporel et procédural que la garantie statutaire s'applique. Tout d'abord, il faut exclure de la notion de procès l'audience de confirmation des charges devant la Chambre préliminaire, puisqu'à cette fin c'est uniquement le procès devant la Chambre de première instance dont il relève. Toutefois, ce constat ne répond pas complètement à la question de savoir quand il faut fixer le moment du début du procès et s'il faut entendre pour début le moment de la constitution des parties, de la présentation des questions liminaires, de la présentation des éléments de preuve ou de l'ouverture des débats. Selon nous, les deux premières activités ne font pas partie de la notion de procès, mais plutôt d'une phase prodromique qui anticipe l'ouverture du procès, même si parfois la tractation des questions liminaires, par leur complexité, peut prendre beaucoup de temps. Dans cette pré-phase l'accusé peut-il alors être absent sans enfreindre le droit/devoir consacré dans le Statut de Rome ?

La jurisprudence des T.P.I. a souligné que la présence de l'accusé au procès est un droit qui « couvre évidemment toutes les étapes de celui-ci », qui commence au moment où l'accusé prend connaissance de la procédure contre lui à travers la signification de l'acte d'accusation et continue tout au long du procès, c'est-à-dire pendant les débats¹²⁸⁶, l'exclusion de l'accusé du procès n'étant plus prévue dès qu'il comparait devant les juges¹²⁸⁷. Il y a eu néanmoins des affaires devant le T.P.I.Y., où le Tribunal a donné des avis apparemment en opposition avec l'interdiction du procès *in*

¹²⁸⁶ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Blaskic*, Décision de la Chambre de première instance I sur les requêtes du Procureur, 24 juin et 30 août 1996, IT-95-14-T, en matière de protection des témoins, p. 4.

¹²⁸⁷ Voy. T.P.I.Y., art. 21(4)(d). Voy. également le T.P.I.R., règle 82*bis*. Toutefois, selon la doctrine, une notification efficace devrait permettre le procès par contumace lorsque l'accusé se soustrait volontairement à la justice après la notification, P. Tavernier, *L'expérience des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda*, R.I.C.R. 828 (1997), p. 647 et s., disponible sous : <http://www.icrc.org>.

absentia. Surtout au cours des premières années de son activité, le T.P.I.Y. a dû informer le Conseil de sécurité de la violation du devoir de coopération de la part de certains États qui refusaient d'exécuter des mandats d'arrestation à l'encontre des personnes poursuivies par le Tribunal¹²⁸⁸. En effet, la complicité étatique dans la fuite de l'accusé démontrait la volonté de celui-ci d'en profiter et par conséquent, son intention de se soustraire à la justice. Dans ces cas, le T.P.I.Y. a admis le début du procès¹²⁸⁹, qui néanmoins n'était pas le procès proprement dit, mais simplement la confirmation des charges, la phase où l'absence de l'accusé est admise, puisque la Chambre se limite à affirmer ou à exclure tout simplement qu'il y a des raisons suffisantes de croire que l'accusé a commis les crimes indiqués dans l'acte d'accusation. Après cette phase préliminaire, la présence de l'accusé est toujours exigée afin d'aboutir à un verdict¹²⁹⁰. Les T.P.I. n'ont donc pas permis à l'accusé en fuite son absence totale, le procès ne pouvant commencer que suite à sa présentation volontaire ou à sa capture¹²⁹¹.

Or, l'interprétation que la Cour donne de la notion de procès - qui par ailleurs ne semble pas avoir élucidé le problème - semble indiquer comme procès ce que nous avons appelé « pré-phase ». Selon l'analyse de la jurisprudence de la Cour de la part de la doctrine, les Chambres auraient éclairci la notion de procès à travers l'examen de plusieurs expressions. En particulier, l'expression « date du procès » indiquerait le moment de l'ouverture des débats au fond¹²⁹², alors que l'expression « avant le procès » indiquerait le moment de la présentation des questions liminaires¹²⁹³. En outre, toujours selon la jurisprudence, l'expression « ouverture du procès » doit être interprétée à la lumière du caractère mixte de la procédure de la Cour et de l'intention des Etats Parties, qui doit toujours inspirer l'interprétation des textes réglant le mécanisme de fonctionnement de la Cour. Selon nous, lesdites argumentations alimentent l'ambiguïté et laissent un vide normatif,

¹²⁸⁸ T.P.I.Y., art. 29.

¹²⁸⁹ La spécificité de la justice pénale internationale fait néanmoins en sorte qu'elle suive des logiques parfois très complexes. Les affaires où le T.P.I.Y. a donné des avis apparemment en contraste avec l'interdiction du procès *in absentia* ont concerné les accusés *Blašić*, *Radić*, *Karadžić*, *Mladić*, *Nicolic*, *Martic*, *Mrskić*, *Raijc* et *Šljivjančanin*, sur ce point voy. A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale. II. Diritto processuale*, op. cit., p. 108.

¹²⁹⁰ Voy. L. MOREILLON/A. BISHOVSKY/M. MASSROURI, *Droit pénal humanitaire*, Série II, vol. 5, Bruylant-Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2^e édition, 2009, pp. 325-326.

¹²⁹¹ Les procès contre *Karadžić*, *Mladić* et *Hadzic*, recherchés par le T.P.I.Y. pendant des années, n'ont commencé qu'après leur capture, moment où ils ont pris formellement connaissance des charges contre eux ; en la matière, voy. P. ROUZBEH, "La saisine des Tribunaux pénaux internationaux", in L. MOREILLON/A. BISHOVSKY/M. MASSROURI, *ibid.*

¹²⁹² Voy. l'interprétation jurisprudentielle de la règle 132(1), C.P.I., *Le Procureur v. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Chambre de première instance II, Décision fixant la date du procès (règle-1 du Règlement de procédure et de preuve), 27 mars 2009, ICC-01/04-01/07-999.

¹²⁹³ Voy. l'interprétation jurisprudentielle de l'art. 61(9) ; C.P.I., *Le Procureur v. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Chambre de première instance I, Décision relative au Statut, devant la Chambre de première instance, des témoignages entendus par la Chambre préliminaire et des décisions de la Chambre préliminaire dans le cadre des procédures de première instance, et aux modalités de présentation des éléments de preuve, 13 décembre 2007, ICC-01/04-01/06-1084-tFRA, § 39.

dans la mesure où elle ne donnent pas de réponse univoque et certaine en ce qui concerne le sens qu'il faut donner à l'expression « ouverture du procès ». En réalité, le raisonnement ne semble exclure ni le moment où la Chambre est constituée par la Présidence ni le moment de l'ouverture des débats au fond. Autrement dit, par son interprétation la Chambre donne une grande liberté de lecture à qui doit appliquer la norme. De plus, la jurisprudence indique deux critères interprétatifs à observer qui, selon nous, sont trop génériques, à savoir la logique et la ratio que les Etats Parties ont donné à la norme au moment de l'adoption du Statut¹²⁹⁴.

En effet, ladite interprétation jurisprudentielle ne nous semble pas satisfaisante, puisqu'elle autorise de facto des applications différentes du droit, avec des incidences négatives sur le principe de sécurité juridique. En effet, suggérer d'adopter la logique comme critère d'interprétation est une indication plutôt pléonastique et superflue, la logique étant un critère à respecter toujours dans l'application du droit. D'autre part, le respect de l'intention des Etats Parties est également un guide interprétatif trop générique, dans la mesure où ce critère impose chaque fois l'analyse de tout débat qui a accompagné le moment de l'adoption du Statut sur la norme concernée, d'autant plus que, selon nous, ce critère ne tient pas compte des évolutions intervenues au sein des Etats Parties pendant environ vingt ans, à savoir dès 1998, date de l'adoption du Statut de Rome¹²⁹⁵. L'interprétation la plus univoque serait, en fait, que la présence de l'accusé soit demandée dès la première audience devant la Chambre de première instance, sans aucune distinction, puisque l'intérêt de l'accusé à suivre personnellement le procès peut bien porter sur plusieurs aspects, même ceux qui résultent apparemment les plus insignifiants ou ceux qui ne touchent pas le fond de l'affaire. D'ailleurs, le Comité préparatoire avait fixé le début du procès au moment où il est donné lecture de l'acte d'accusation, c'est-à-dire lorsque l'audience est ouverte pour la première fois¹²⁹⁶, ce qui éliminerait toute libre interprétation.

b. Le droit à être présent et à se défendre soi-même

i. Les limites de la renonciation volontaire à l'assistance légale

¹²⁹⁴ Voy. l'interprétation jurisprudentielle de l'art. 19(4), C.P.I., *Le Procureur v. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Chambre de première instance II, Motifs de la décision orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire (article 19 du Statut), 16 juin 2009, ICC-01/04-01/07-1213, §§ 41-42.

¹²⁹⁵ A cet égard voy. l'analyse très pointue faite par la doctrine, en particulier D.-D. PREIRA/a. A. MBAYE/S.-S. SHOAMANESH, "Art. 63. Procès en présence de l'accusé", in J. FERNANDEZ/X. PACREAU, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 1427.

¹²⁹⁶ Rapport de la réunion intersession du 19-30 janvier 1998, Zutphen (Pays-Bas), Document A/AC.249/1998/L.13, en particulier la variante 2 de l'art. 56.

Au cours du procès, l'accusé peut renoncer au conseil et décider de se défendre soi-même. Nous pensons que, dans le cadre du procès, le droit de se défendre soi-même est l'équivalent, dans la phase qui précède le procès, du droit du suspect à renoncer à la présence du conseil pendant l'interrogatoire, car, dans les deux cas, il s'agit d'une renonciation volontaire à l'assistance légale, qui toutefois ne prive jamais l'accusé du droit de parole. Dans le cadre spécifique de la justice pénale internationale, mais pas encore de la C.P.I., il y a eu des cas où l'accusé, soit par méfiance envers les conseils commis d'office soit en raison d'une stratégie précise visant à délégitimer la juridiction, a refusé l'assistance d'un conseil, en choisissant de se défendre soi-même¹²⁹⁷. La doctrine définit ce droit comme une « pierre angulaire » et un « attribut sacro-saint » de la justice, tout en reconnaissant son caractère non absolu¹²⁹⁸. La portée relative du droit a d'ailleurs été confirmée par la jurisprudence qui, si d'une part, a souligné l'origine accusatoire du droit de l'accusé de se défendre soi-même, ce qui est conforme la nature accusatoire du procès pénal international, a admis, d'autre part, que des raisons pratiques ou l'intérêt de la justice peuvent permettre que ce droit soit négligé¹²⁹⁹. L'expulsion de l'accusé de la salle d'audience implique de facto la négation du droit de se défendre soi-même. De même, le droit est nié lorsque l'accusé n'est pas instruit et compétent et n'exerce pas sciemment ni volontairement son libre arbitre¹³⁰⁰.

En effet, dans certaines affaires devant les T.P.I., le Tribunal a établi la nécessité de la désignation d'un conseil d'office, de permanence ou même d'un *amicus curiæ* avec le fonction substantielle – d'ailleurs très contestée par l'accusé - de conseil de la défense de l'accusé qui avait refusé volontairement un conseil¹³⁰¹. L'affaire Milosevic a bien exprimé les conséquences du refus de l'accusé d'être assisté par un conseil. En effet, le contradictoire est l'élément incontournable pour atteindre une vérité judiciaire fruit d'un débat crédible et acceptable et c'est la raison pour laquelle le Statut de Rome requiert la présence de l'accusé au procès et sa défense effective et efficace. En particulier, dans le système de la justice pénale internationale, le principe du contradictoire ne poursuit pas uniquement la fonction de protéger l'individu dans l'application de la sanction pénale contre lui ni uniquement de protéger l'équité du procès, mais a pour fonction principale de servir la bonne administration de la justice au nom de la communauté internationale

¹²⁹⁷ C.P.I., art. 67(1)(d).

¹²⁹⁸ X.-J. KEITA et al., in J. FERNANDEZ/X.PACREAU (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 1508.

¹²⁹⁹ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Milosevic*, Chambre de première instance, Motifs de la décision relative à la requête de l'Accusation aux fins de désignation d'un conseil, 4 avril 2003, IT-02-54-T, §§ 21.

¹³⁰⁰ C.P.I., § 38.

¹³⁰¹ Dans la même affaire, Ordonnances invitant à la désignation d'un *amicus curiæ*, IT-99-37, IT-01-50, IT-01-51, 30 août 2001.

représentée par les Etats signataires du Statut de Rome¹³⁰². Or, l'exercice, de la part de l'accusé, de son droit de renoncer à la défense ou de se défendre soi-même peut produire un danger à l'encontre de l'administration de la justice, dans la mesure où il risque de provoquer une fracture du contradictoire. Ce risque est encore plus réel lorsque l'accusé, du point de vue technique, n'est pas en mesure de se défendre dûment, comme on s'attend d'un professionnel ayant les qualifications légales, les connaissances du droit pénal international et la pratique spécifique dans ce domaine si particulier¹³⁰³.

Donc la finalité de délégitimer le procès et la juridiction a induit les juges à prendre toute mesure nécessaire et envisageable, imposant souvent la désignation d'un stand-by conseil, à savoir d'un conseil d'office – même contre la volonté de l'accusé - avec la fonction de garantir le respect des droits de la défense et par conséquent, de limiter tout danger dérivant de la volonté « suicidaire » ou de la tendance « masochiste » de l'accusé, qui évidemment est à la base d'un tel choix, surtout lorsque ce choix nuit à l'équité et à la célérité procédurale¹³⁰⁴. Selon la jurisprudence, la décision d'*impérium* doit néanmoins être prise avec circonspection et respecter certaines règles, à savoir les juges doivent informer préalablement l'accusé de l'intention de désigner un conseil d'office et lui soumettre la liste des conseils de la Cour ou permettre que la désignation d'office tombe sur un conseil remplissant les conditions pour figurer sur ladite liste¹³⁰⁵. En réalité, toutes ces garanties rendent vaine la désignation d'office, qui devient ainsi un mandat conféré directement par l'accusé.

Enfin, selon la doctrine et la jurisprudence, une autre limite au droit de se défendre soi-même pourrait être représenté par le droit à l'aide légale¹³⁰⁶. Dans d'autres termes, le droit concurrent de l'accusé indigent de disposer des ressources financières s'arrêterait face au refus d'un conseil, car il ne représenterait pas un usage conventionnel et rituel des fonds de l'instance juridictionnelle,

¹³⁰² R. MAISON, *op. cit.*, pp. 99-102.

¹³⁰³ M.-P. Scharf, « Self-representation versus assignment of defence counsel before international criminal tribunals », *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, 2006, p. 39.

¹³⁰⁴ D'autres intérêts fondamentaux et plusieurs circonstances particulières ont été considérés aux fins de la restriction du droit de se défendre soi-même, tel que l'état de santé de l'accusé, la complexité de l'affaire, le nombre des témoins, les intérêts du coaccusé ou du public. Cf. T.P.I.Y., *Le Procureur v. Milosevic*, Chambre de première instance, Motifs de la décision relative à la commission d'office des conseils de la Défense, 22 septembre 2004, IT-02-54-T, cit., §§ 64-66 ; T.S.S.L., *The Prosecutor of the Special Court v. Sam Hinga Norman, Moinina Fofana et Allieu Kondewa*, Chambre de première instance, Decision on the Application of Samuel Hinga Norman for Self-representation under article 17(4)(d) of the Statute of the Special Court, 8 juin 2004, SCSL-04-14-T, §§ 26-27.

¹³⁰⁵ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Vojislav Seselj*, Chambre d'appel, Décision relative à l'appel interjeté contre la décision de la Chambre de première instance portant commission d'office d'un conseil, 8 décembre 2006, IT-03-67-AR73.4, 8 § 2.

¹³⁰⁶ X.-J. KEITA et al., in J. FERNANDEZ/X.PACREAU (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, *op. cit.*, pp. 1522-1523.

uniquement destinés à un représentant légal professionnel et à son équipe et non à l'accusé directement¹³⁰⁷. Si l'expérience des Tribunaux ad hoc a conforté cette orientation, la lecture combinée des textes juridiques de la Cour confirme la complémentarité et non la concurrence desdits droits, selon laquelle le Greffier doit assurer à l'accusé – y compris l'accusé se défendant soi-même – toute l'assistance nécessaire pour se défendre proprement¹³⁰⁸. Les mêmes raisons à la base de la commission d'un conseil d'office sont à la base de l'aide financière, dont la garantie s'appuie donc sur la spécificité et la complexité du procès devant la C.P.I.¹³⁰⁹

ii. La présence mentale

Une fois physiquement présent à l'audience, l'accusé doit être présent mentalement, afin que le procès soit valable. Comme il a été souligné par la jurisprudence pénale internationale, seul l'accusé qui se trouve dans les capacités mentales - mais dans une certaine mesure également physiques - peut comprendre le procès, mettre en route le contradictoire et déployer dûment sa défense¹³¹⁰. Les capacités mentales de l'accusé sont encore plus importantes lorsqu'il décide de se défendre soi-même¹³¹¹, car il sera en mesure de comprendre ses droits, le bénéfice dérivant de l'exercice effectif de ceux-ci, la portée des charges à son encontre et les conséquences du plaider, s'il décide de s'avouer coupable, conformément aux dispositions statutaires¹³¹². Mais les mêmes capacités mentales sont demandées lorsque l'accusé est représenté par un conseil, auquel il doit être en mesure d'indiquer sa propre stratégie, afin qu'elle coïncide avec l'activité déployée par son représentant légal, le seul auquel est demandée la compétence technique propre à un professionnel. Si la Chambre constate « que l'accusé n'est pas en état de passer en jugement, elle ordonne l'ajournement du procès »¹³¹³.

L'intégrité mentale de l'accusé n'est pas complètement dissociée de sa santé physique, qui ne doit pas entamer ses capacités mentales. Il est évident qu'une personne atteinte d'une maladie infectieuse dans une phase aiguë ou terminale ne peut que se trouver dans une condition mentale inappropriée à suivre son procès ; pour cela, il est prévu que la Chambre peut ordonner non

¹³⁰⁷ A. ZAHAR, "Legal aid, self-representation, and the crisis at the Hague Tribunal", *Criminal Law Forum*, 2008, Vol. 19, pp. 241-263.

¹³⁰⁸ C.P.I., règle 20 et norme 119(2) R.G.

¹³⁰⁹ Voy. note 372 *supra*.

¹³¹⁰ Voy. I.C.T.Y., *The Prosecutor v. Erdemovic*, Sentencing Judgment, 29 November 1996, IT-96-22-T, § 5 et *Le Procureur v. Pavle Strugar*, Décision relative à la Requête de la Défense demandant à ce qu'il soit mis fin à la procédure, IT-01-42-T, 26 mai 2004, §§ 21-23.

¹³¹¹ Sur l'incapacité mentale à se représenter soi-même, voy. T.P.I.Y., *Le Procureur v. Slobodan Milosevic*, Chambre d'Appel, Décision relative à l'appel interlocutoire formé contre la décision de la Chambre de première instance relative à la commission d'office des conseils de la défense, 1^{er} novembre 2004, IT-02-54-AR73.7, § 4.

¹³¹² C.P.I., art. 64(8)(a).

¹³¹³ *Ibid.*, règle 135(4).

seulement un examen médical, mais également psychiatrique ou, le cas échéant, simplement psychologique¹³¹⁴, car même l'accusé qui fait une dépression importante peut perdre les capacités mentales nécessaires et suffisantes pour percevoir la portée réelle de ce qui se déroule dans la salle d'audience, afin que ses capacités réactionnelles ne soient pas compromises. Mais la confirmation de l'inaptitude mentale n'est pas irréversible et n'implique pas forcément l'inaptitude définitive de l'accusé à passer en jugement, car un réexamen de la décision, motivée et rendue par écrit¹³¹⁵, est prévue tous les 120 jours, présumant une incapacité temporaire¹³¹⁶. La seule limite à la normative en matière est le silence sur la possibilité pour l'accusé d'indiquer un expert médical de son choix, la désignation étant une prérogative exclusive de la Chambre, qui choisit le professionnel parmi ceux figurant sur une liste d'experts agréés par le Greffier¹³¹⁷. Toutefois, nous pensons que le silence n'empêche pas expressément à l'accusé de suggérer à la Cour la désignation d'un expert de son choix qui puisse se placer aux côtés de l'expert désigné par la Chambre. L'expertise demandée sera alors d'établir, non simplement si la pathologie existe, mais si celle-ci présente un rapport étiologique avec les capacités mentales de l'accusé l'empêchant de participer proprement à son procès.

2. L'accusé absent

Il y a des situations où l'absence de l'accusé est imposée **(a)** ou autorisée par la Chambre, malgré le fait que la jurisprudence de la Cour ait produit des opinions contraires à ce sujet **(b)**.

a. L'absence involontaire

i. L'expulsion de l'accusé comme négation du droit à être présent à son procès

La normative statutaire interdisant le procès *in absentia* a subi des dérogations. Il arrive que l'accusé soit expulsé de la salle d'audience à cause de son comportement obstructionniste visant à perturber le déroulement régulier du procès¹³¹⁸, même si la limitation du droit à être présent est subordonnée à certaines conditions et situations. En particulier, pour arriver à une expulsion, le trouble doit présenter des caractéristiques très précises : il doit avoir lieu au cours de l'audience et doit être apte et avoir comme effet celui de gêner le travail des juges de manière persistante, répétée et continue. En effet, il s'agit de conditions très strictes, qui ont pour but de réduire le plus que possible tout arbitraire dans la limitation du droit. Toutefois, malgré la prévision de situations

¹³¹⁴ *Ibid.*, règle 135(1).

¹³¹⁵ *Ibid.*, règle 135(2).

¹³¹⁶ *Ibid.*, 135(4).

¹³¹⁷ *Ibid.*, 135(3).

¹³¹⁸ *Ibid.*, art. 63(2), règle 170.

limitatives du droit, le caractère punissable des conduites non intentionnelles nous semble susceptible d'attribuer au juge un pouvoir d'appréciation du trouble encore trop étendu¹³¹⁹.

La mesure de l'expulsion n'est pas permanente, pouvant toujours être réexaminée et révoquée. Dans la même optique d'exceptionnalité, il faut exclure une valeur punitive de la mesure, puisque, en fait, elle vise à garantir à l'accusé une procédure équitable et rapide, même contre sa volonté, lorsque le comportement perturbateur est délibéré. Dans cet esprit, les mesures de l'éloignement et de l'expulsion ne sont adoptées que dans des circonstances strictes, pour une période limitée n'excédant pas les 30 jours et après avoir eu recours en vain à d'autres mesures plus nuancées¹³²⁰. A bien réfléchir, au-delà de l'avertissement ou de l'amende, il n'est pas très clair quelles autres mesures « analogues » pourraient éviter l'éloignement¹³²¹. Certes, l'admonition et l'imposition du silence sont des solutions substitutives moins drastiques, mais leur efficacité n'est pas assurée. Nous considérons que cette incertitude aurait pu être évitée par le Statut à travers une réglementation plus détaillée, qui aurait réduit vraiment au minimum le discrétionnaire et permis à l'accusé la prévisibilité des mesures applicables.

Dans les cas extrêmes d'obstination de l'accusé à vouloir gêner la régularité des débats, toute une série de précautions sont adoptées pour protéger les intérêts de l'accusé et pour ne pas permettre son absence totale dès le début du procès¹³²². Naturellement, il doit s'agir de conduites présentant une gravité moindre par rapport aux atteintes à l'administration de la justice en audience, où la Cour exerce sa compétence supplémentaire et où il est permis l'arrestation immédiate¹³²³. Dans le but de favoriser la participation, le droit à être présent à l'audience persiste et est garanti également en dehors de la salle d'audience, puisque le Statut assure à l'accusé la possibilité d'interagir au procès, le mettant dans les conditions les plus favorables et le dotant d'instruments techniques de communication aptes à lui permettre de suivre le procès de l'extérieur. L'accusé expulsé pourra ainsi communiquer avec le conseil et avec la Cour par vidéoconférence, téléphone et téléconférence et suivre le déroulement du procès grâce à la mise à disposition d'ordinateurs. Ainsi, en temps réel, l'accusé pourra donner au conseil présent à l'audience toute instruction jugée opportune. En outre,

¹³¹⁹ *Ibid.*, règle 172.

¹³²⁰ *Ibid.*, règle 171(1).

¹³²¹ *Ibid.*, art. 71(1).

¹³²² Au cours du procès contre *Milošević*, le comportement obstructionniste de l'accusé n'a pas empêché au T.P.I.Y. de continuer le procès à travers l'adoption de toute mesure nécessaire pour garantir un procès équitable, valable également au cas où l'accusé décide de faire valoir son droit de se défendre soi-même. I.C.T.Y., *Le Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Decision on Interlocutory Appeal of the Trial Chamber's Decision on the Assignment of Defence Counsel, 1 November 2004, IT.02-54-AR73.7, cit.

¹³²³ C.P.I., art. 70 et règle 162.

l'accès aux documents en format papier ou électronique sera garanti, comme pour les transcriptions et tout autre document versé au dossier.

ii. La généralité statutaire des conduites perturbatrices

Il faut néanmoins admettre une certaine préoccupation due au manque d'une indication plus précise des conduites perturbatrices. Face à cette généralité, les juges doivent faire preuve d'équilibre afin de ne pas laisser tomber dans les comportements troublants des actes qui parfois ne sont que l'expression de l'exercice de la défense et le fruit d'une stratégie défensive excessive ou extravagante. Les actes perturbateurs qui ne se limitent pas à des comportements révélant un tempérament trop « sanguin » de l'accusé, qui injurie les juges ou menace les témoins et les victimes, ne présente pas de problèmes interprétatifs. En revanche, des doutes peuvent porter sur la manière que l'accusé a choisi pour se défendre, comme, par exemple, le fait de proposer des justifications manifestement dépourvues de fondement ou de crédibilité. Il est évident d'ailleurs que l'on est en présence d'une provocation lorsque l'accusé affirme de manière persistante, continue et répétée qu'il ignorait que le fait de repousser volontairement une personne dans un escarpement de soixante dix mètres d'hauteur aurait provoqué sa chute et donc sa mort. Le fait de nier une telle circonstance avec persistance ne peut que révéler le caractère perturbateur de la conduite, dans la mesure où l'accusé, par ses provocations, insulte indirectement l'auditoire. Il y a toutefois des cas où la limite reste plutôt faible entre un argument incroyable à la lumière des éléments de preuves disponibles ou un argument dissimulant une véritable provocation adressée aux juges du fait de son inconsistance manifeste et en revanche une justification tout simplement infondée ou peu probable, mais qui a été perçue négativement par les juges du fait de l'attitude personnelle de l'accusé qui émerge pendant le procès.

Le même degré de généralité concerne les actes perturbateurs qui visent à interrompre continuellement les débats à travers des questions ou des motions vides de sens ou contraires à la procédure, dont le but est sans équivoque dilatoire. Le comportement perturbateur peut aussi consister au refus de se faire assister par un conseil, aussi bien en sa présence que pendant son éloignement forcé de la salle d'audience. Dans ce cas, parmi les mesures, il est prévu la désignation d'office d'un conseil avec la tâche d'être présent aux audiences afin de se familiariser avec l'affaire et d'intervenir si la Chambre constate que la défense conduite personnellement par l'accusé est inefficace et préjudiciable pour ses droits ou si son désintérêt est un risque pour la validité du procès du fait de l'absence d'une défense effective¹³²⁴. Quand il ne s'agit pas d'actes perturbateurs que

¹³²⁴ Voy. T.P.I.Y., *Le Procureur c. Vojislav Šešelj*, Chambre de première instance III, Version publique de la Décision

l'accusé accompli au cours de sa défense mais d'actes perturbateurs qui constituent en eux-mêmes la défense et se traduisent par des comportements dépassant le droit de l'accusé à se défendre, le manque d'une énumération de base des actes perturbateurs donne aux juges un pouvoir discrétionnaire considérable, qui varie selon la susceptibilité de chaque Chambre à percevoir un argument comme une simple stratégie manifestement infondée ou une provocation intolérable. D'autre part, il faut reconnaître la difficulté de formuler une liste de comportement troublants, l'accusé pouvant toujours donner preuve d'une grande imagination en la matière. A cet égard, la pratique des T.P.I. ne peut que représenter une référence non négligeable pour l'activité de la Cour.

iii. Les embûches de l'audience ex parte

Le droit de l'accusé à être présent à son procès peut être restreint lorsque, pour assurer la protection d'informations sensibles portant sur la sécurité nationale ou la production de certains participants, tels que les témoins et les victimes, la Chambre décide de l'exclure de certaines audiences. Il doit néanmoins s'agir d'audiences qui ne traitent ni le fond de l'affaire ni des questions procédurales cruciales pour la défense. Par exemple, le droit de l'accusé à être présent peut être sacrifié au cours des audiences où il faut décider sur l'application de mesures de protection spéciales pour permettre en toute sécurité la déposition d'un témoin ou d'une victime particulièrement vulnérable, traumatisée ou exposée à des risques pour sa famille ou pour sa propre vie¹³²⁵. La possibilité d'exclure l'accusé concerne donc uniquement les deux cas mentionnés et la décision peut être adoptée d'office ou sur demande, normalement confidentielle elle-même puisque présentée sous pli scellé¹³²⁶. Malgré les limitations, il faut contester le risque que la confidentialité presque totale qui caractérise cette phase du procès nie à l'accusé toute possibilité de s'opposer à la décision ou d'interjeter appel. Nous pensons qu'au moins la demande présentée par la partie devrait être transmise à l'accusé, afin de lui permettre d'exercer, le cas échéant, le droit de contestation en appel interlocutoire.

En outre, bien que les audiences ex parte soient limitées aux cas prévus et subordonnées à des conditions très strictes, il persiste un déséquilibre qui pèse sur la défense, puisque ce genre d'audience limite plusieurs droits, comme le droit à la publicité des débats et au contradictoire. Evidemment, tout cela enfreint de manière presque irréparable l'équité de la procédure. Selon nous,

relative à l'imposition d'un conseil, l'ajournement, et la requête de l'accusation sur les heures supplémentaires avec en annexe l'opinion individuelle du juge Antonetti Président de la Chambre, 24 novembre 2009, IT-03-67-T, §§ 52-53. Voy. également T.P.I.R., *Le procureur c. Edouard Karemera et consorts*, Chambre d'appel, Decision on Nzirorera's Interlocutory Appeal Concerning his Right to be present at Trial, 5 octobre 2007, ICTR-98-44-AR73.10, § 11.

¹³²⁵ C.P.I., règle 88.

¹³²⁶ *Ibid.*, règle 88(4).

il serait plus approprié d'adopter des mesures de protection alternatives, comme le maintien de l'anonymat, l'expurgation et les *omissis* sur certaines informations sensibles telles que les données identificatrices des sujets concernés et toute autre mesure apte à permettre la présence de l'accusé, puisque l'intérêt de celui-ci ne cesse jamais, chaque phase de la procédure le concernant directement ou indirectement. En effet, l'accusé pourrait avoir un intérêt à participer également à l'audience consacrée à l'adoption des mesures spéciales de protection pour les témoins et les victimes et, en outre, l'avis de la défense sur l'opportunité d'adopter des mesures spéciales devrait être pris en compte, la requête de l'accusation ou de la victime pouvant s'avérer infondée ou excessive et trouver sa justification en un excès de précaution plutôt que dû à des exigences réelles, ayant pour seule conséquence d'alourdir la procédure et de restreindre de manière injustifiée le droit de l'accusé au contradictoire.

La possibilité qu'a l'accusé de demander, lui-même, des audiences *ex parte* donne une réciprocité à cette exception procédurale qui ne récompense, toutefois, pas l'accusé du dommage que cette procédure produit sur le procès équitable et sur la publicité des débats lorsque celui-ci en est exclu. Il est d'ailleurs vrai que les cas où la Cour adopte la procédure *ex parte* sont très limités et conditionnés au respect de certains critères d'admissibilité, mais il faut que le caractère de l'audience se maintienne toujours strictement technique et indispensable afin de définir des aspects procéduraux qui n'impliquent guère l'intérêt direct de la défense¹³²⁷. Il peut donc s'agir de procédures *ex parte* visant à décider sur les mesures de protection ou à demander l'avis du Procureur lorsqu'il faut protéger un témoin - surtout à charge - contre soi-même, à savoir contre tout risque d'auto-incrimination¹³²⁸. Dans ce dernier cas, l'intérêt de l'accusé à toute possible auto-incrimination du témoin est indiscutable et réside dans le fait que le contenu du témoignage portant sur une auto-incrimination pourrait bien le décupler ou réduire ses responsabilités par rapport aux faits contestés. Mais il y a des situations encore plus préjudiciables pour l'accusé, à savoir lorsque la procédure *ex parte* est demandée à la Cour afin de protéger des informations confidentielles touchant à la sécurité nationale. Il s'agit ici d'aborder des éléments de preuve à charge par rapport auxquels les Etats ont le droit de présenter *ex parte* leurs observations¹³²⁹. L'accusé est donc absent de l'audience même si celle-ci porte sur des éléments qui concernent directement sa responsabilité. Dans ce cas particulier, il est évident que l'intérêt de l'accusé n'est pas en question et la violation du contradictoire est également une lapalissade, d'autant plus qu'il ne s'agit pas d'aspects techniques

¹³²⁷ *Ibid.*, règle 88(2).

¹³²⁸ *Ibid.*, règle 74(4).

¹³²⁹ *Ibid.*, art. 72(7)(a)(i).

mais d'éléments de preuve touchant le fond dont la pertinence et la nécessité ont été établies au préalable par la Cour.

a. L'absence volontaire

i. La renonciation

Malgré la teneur péremptoire de l'art. 63, l'absence volontaire de l'accusé est admise dans certaines circonstances. Par la renonciation l'accusé décide de son plein gré ou démontre la volonté de renoncer à son droit, car la renonciation est faite sur demande ou par *facta concludentia*, même si l'hypothèse où l'accusé ne fait pas de demande formelle mais simplement démontre par son comportement la volonté de renoncer n'est pas prévue dans le Statut ni dans les autres documents. Toutefois, la Cour s'est déjà prononcée à cet égard, faisant valoir la volonté exprimée tacitement par l'accusé. Dans l'affaire Abu Garda. l'accusé, une fois comparu librement à la première audience de comparution sans qu'un mandat d'arrêt avait été émis, ne s'est plus présenté par la suite à toutes les audiences devant la Chambre préliminaire, en se présentant uniquement à celle de confirmation des charges¹³³⁰. Il était représenté par un conseil de son choix, avec lequel il communiquait grâce au système électronique de la Cour, qui lui a permis de suivre le procès à distance. Il s'agit d'une pratique qui semble cohérente avec la nature du droit exprimé par les articles 67(d) et 63, qui devrait se maintenir dans les limites d'un droit et non d'une obligation. C'est dans cette optique que la volonté de l'accusé doit être respectée.

Mais nonobstant la pratique, le silence du Statut en l'espèce n'aide pas à établir les limites pour éviter que la volonté de l'accusé n'enfreigne le procès équitable, menaçant ses mêmes intérêts. A cet égard, la jurisprudence des droits de l'homme admet la renonciation libre intervenant lorsque l'accusé décide de plein gré de ne pas exercer son droit, mais demande une renonciation non équivoque, délibérée, faite en connaissance du lieu et de la date du procès, des charges retenues, et après avoir pris connaissance du fait que sa présence est requise. La condition primaire est néanmoins que l'accusé soit représenté par un conseil privé ou commis d'office. La jurisprudence des T.P.I. s'est conformée à ladite orientation, qui interdit une renonciation absolue dès le début du procès, puisque la volonté doit se manifester uniquement après une première comparution de l'accusé, en outre elle doit être le fruit de son libre choix et non de situations contraignantes¹³³¹.

¹³³⁰ Voy. C.P.I., *Le Procureur c. Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09.

¹³³¹ Cf. notamment la jurisprudence du T.P.I.R. : T.P.I.R., *Le Procureur c. André Rwamakuba*, ICTR-98-44C-T; T.P.I.R., *Le Procureur c. Pauline Nyiramasuhuko et consorts*, ICTR-98-42-T, CRA; en particulier, T.P.I.R., *Le Procureur c. Ferdinand Nahima, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze*, Chambre d'appel, Arrêt, 28 novembre 2007, ICTR-99-52-A, § 9. Mais il faut également faire référence à la jurisprudence de la C.E.D.H., en particulier : C.E.D.H.,

La décision dans l'affaire Abu Garda affirme que, devant la Cour, le procès peut uniquement se poursuivre en l'absence de l'accusé, mais ne peut jamais commencer en son absence. En effet, le caractère non absolu du droit de l'accusé à être présent à son procès est spéculaire au caractère non absolu de la renonciation à être présent à son procès, dans la mesure où la réglementation statutaire interdisant le procès *in absentia* termine là où commence la volonté de l'accusé de renoncer ainsi, comme la jurisprudence l'a rélémenté. En outre, étant donné son caractère non absolu, il est toujours possible de renoncer à la renonciation, en d'autres termes le choix de renoncer n'est pas définitif, l'accusé pouvant toujours revenir sur son choix et intervenir au procès à tout moment. En tout cas, selon la jurisprudence pénale internationale, quelque soit le choix, un intérêt général prédomine sur tout intérêt particulier : la bonne administration de la justice. Il s'agit d'un critère tout autant générique que prioritaire, qui peut amener les juges à admettre l'absence ou, parfois, à l'imposer dans l'intérêt de certaines parties ou dans l'intérêt de la justice, lorsque toute suspension du procès dérivant de l'absence de l'accusé pourrait être interprétée comme une obstruction délibérée de celui-ci à la justice¹³³².

ii. Une jurisprudence contradictoire

Faute de prévisions statutaires plus spécifiques, la jurisprudence de la Cour a produit des résultats contradictoires qui n'ont pas aidé à élucider le sujet. Parfois, la jurisprudence a nié ce qu'elle avait elle-même affirmé auparavant. En particulier, dans l'affaire Ruto et Sang, sur demande de la défense, la Chambre de première instance V avait accordé à William Ruto la possibilité de ne pas être tout le temps présent au procès afin de lui permettre l'exercice de ses fonctions de vice-Président en charge au Kenya¹³³³. Toutefois, il restait sous l'obligation de se présenter devant la Cour toutes les fois que sa présence s'avérait nécessaire. La défense avait alors proposé à la Cour la participation de l'accusé au procès par video, en soulignant que la renonciation à son droit n'était pas un « *blanket waiver* », ensuite corrigé en « *blanket excusal* » et qu'elle était libre, volontaire, informée, sans équivoque, faite consciemment et limitativement à la présence physique¹³³⁴. En

Affaire *RR c. Italie*, n° 42191/02, Arrêt, 9 juin 2005, §§ 53-55 ; C.E.D.H., Affaire *Battisti c. France*, n° 28796/05, Décision sur la recevabilité, 12 décembre 2006.

¹³³² Voy. en particulier la procédure engagée pour outrage devant le T.P.I.Y., T.P.I.Y., *Le Procureur c. Tihomir Blaškic*, Arrêt relatif à la Requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la Décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, 29 octobre 1997, IT-95-14-AR 108 bis, § 59.

¹³³³ Le 23 septembre 2013, la Chambre a suspendu pour une semaine le procès contre Ruto pour permettre à l'accusé, dans sa qualité de vice-Président du Kenya, de rejoindre le pays et suivre directement les opérations de police dans le cadre de l'attaque terroriste contre le centre commercial Westbank à Nairobi.

¹³³⁴ ICC, *The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial, 18 June 2013, ICC-01/09-01/11, §§ 15-16, 18, 21-22, 37-38, 40, 42-43, 47, 49, 53, 58-60-62, 110.

outre, selon la défense, ladite renonciation n'impliquait pas la renonciation aux autres droits de la défense, tels que le droit de participer au procès avec d'autres moyens et le droit à être représenté par un conseil. De plus, selon l'interprétation que la défense a donné de l'art. 63(1), le Statut ne demandait pas à l'accusé sa présence physique, mais uniquement sa disponibilité à se présenter et à coopérer avec la Cour et une interprétation « *purposive* » du Statut aurait dû porter à la conclusion que celui-ci attribue à la discrétion de l'accusé la possibilité de renoncer à son droit¹³³⁵.

Dans sa décision, la Chambre s'est posée la question de vérifier si l'art. 63(1) exprime un droit ou une obligation et, suite à son analyse, a reconnu la validité de la renonciation. Selon ses arguments, la Chambre a mentionné la jurisprudence de la C.E.D.H.¹³³⁶ et du T.P.I.R., affirmant l'inviolabilité du choix volontaire de l'accusé de renoncer à ce droit¹³³⁷. En outre, la Chambre a fait recours à l'esprit du Statut de Rome pour interpréter l'art. 63, qui doit donc être considéré en conformité à la dictée de l'art. 21(1) du Statut et de l'art. 31(3)(c) de la Convention de Vienne sur le Droit des Traités. La Chambre a donc conclu que l'intention des rédacteurs de l'Accord de Rome n'a pas été celle d'exclure la normative et la pratique internationale en admettant la renonciation mais a suggéré une lecture du Statut dans son ensemble. En conclusion, selon la Chambre, l'art. 67(1)(d) indique le droit de l'accusé à être présent, alors que l'art. 63(1) exprime également un deuxième droit : le droit de l'accusé de renoncer à son droit à être présent¹³³⁸. En outre, selon la Chambre, la règle générale reste la présence continue de l'accusé au procès, son absence étant admise dans des circonstances exceptionnelles et dans les limites où elle permet de ne pas interrompre le contrôle de la Cour¹³³⁹. L'admissibilité d'exceptions au dehors des cas prévus par le

¹³³⁵ En revanche, selon l'accusation, l'interprétation la plus correcte de la disposition statutaire impose la présence physique de l'accusé pendant le procès, son absence étant permise uniquement à l'audience de confirmation des charges. En effet, selon le Procureur, l'interprétation de la défense rendrait vain aussi bien l'art. 63 que l'art. 67(1)(d). En outre, cette conclusion serait confirmée par l'art. 58(1)(b)(i), qui autorise le mandat d'arrêt justement pour assurer la présence de l'accusé au procès, puisque l'absence de l'accusé est contraire au exigence du procès équitable, lequel doit préserver également les intérêts des victimes et des témoins. Le représentant des victimes s'opposait également à la demande de la défense en raison de la nécessité de préserver l'intégrité de la procédure. Le Procureur et les victimes n'ont pas fait objection à l'absence de Ruto au procès mais plutôt à la suspension contemporaine du procès, considérée contraire à leurs intérêts. Selon les arguments adoptés, la renonciation de l'accusé à son droit n'implique pas forcément la suspension du procès, qui doit pouvoir continuer en son absence pour ne pas risquer de laisser « *the Court hostage to impunity* », *ibid.*, § 44.

¹³³⁶ E.C.H.R., *Demebukov c. Bulgaria*, application No 68020/01, Judgement of 28 February 2008, para 45 et *Sejdovic v. Italy*, Application No 56581/00, Judgement of 1 March 2006, paras 82-83.

¹³³⁷ I.C.T.R., *Ndahimana et al v Prosecutor*, Appeal Chamber, Judgement, ICTR-01-68, 28 November 2007, § 107.

¹³³⁸ D'autre part, dans la lecture de l'art. 63(1), la Chambre n'envisage aucune obligation de la Cour, laquelle maintient son pouvoir discrétionnaire d'accepter ou non la renonciation de l'accusé à son droit, conformément à son pouvoir de statuer sur toute question pertinente de manière équitable, raisonnable et juste, voy. l'art. 64(6)(f). Elle cependant, selon une lecture « holistique » du Statut, a admis de trouver plus persuasifs les arguments du Procureur en ce qui concerne l'interprétation donnée de l'art. 63(1) en termes de devoir de l'accusé à se présenter au procès pour permettre à la Cour d'exercer sa juridiction tout au long du procès ; cf. ICC, *The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial, *ibid.*

¹³³⁹ En particulier, ici la Cour n'a pas admis l'applicabilité du canon *expressio unius est exclusio alterius*, qui aurait

Statut se justifierait par le fait qu'elles sont raisonnables selon le contexte du procès¹³⁴⁰. Dans cette optique, la Chambre a donc conclu que l'absence de Ruto était excusée uniquement pour des raisons liées à ses fonctions institutionnelles et que sa présence physique était demandée impérativement et uniquement dans certaines phases importantes des débats, dont la plus importante est le moment de la prononciation de la sentence¹³⁴¹. La Chambre a donc donné à l'accusé la possibilité de ne pas être présent à son procès puisque la nécessité d'accomplir des fonctions institutionnelles importantes fait partie des circonstances exceptionnelles admettant la dérogation à la règle générale établie par l'art. 63(1)¹³⁴².

En statuant sur l'affaire, la Chambre a souligné la nécessité d'un « *balance suitably calibrated* » pour préserver, d'une part, les droits de l'accusé et le principe de la présomption d'innocence et d'autre part, les intérêts des autres parties, à savoir les témoins et les victimes. Toutefois, la Chambre a également reconnu au Kenya son intérêt à voir ses représentants remplir leurs fonctions institutionnelles, tel que le vice-Président en charge, élu quand il faisait déjà l'objet d'une procédure devant la Cour¹³⁴³. En fait, la décision révèle un aspect contradictoire dans la mesure où il reconnaît à l'accusé son droit à la renonciation et, en même temps, reconnaît aux autres parties la violation de leurs intérêts concurrents. Mais la vraie contradiction jurisprudentielle concerne la négation des arguments susmentionnés, puisque ensuite la Chambre de première instance V(b) a renversé la décision sur la présence de l'accusé Kenyatta au procès¹³⁴⁴, en estimant que l'arrêt d'appel rendu le 25 octobre 2013 dans la même affaire avait fourni de nouvelles informations importantes qui néanmoins justifiaient ce réexamen. Par conséquent la Chambre,

exclu, comme exception à la règle générale, tout cas non prévu par le Statut, puisque la maxime ne serait pas une guide juste dans cette affaire et risquerait de produire une injustice, voy. C.P.I., art. 63(2) et art. 61(2).

¹³⁴⁰ ICC, *The Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, *ibid.*

¹³⁴¹ En particulier, les phases énoncées par la Chambre sont: « *i. the entirety of the opening statements of all parties and participants, ii. the entirety of the closing statements of all parties and participants, iii. when victims present their views and concerns in person, iv. the entirety of the delivery of judgment in the case, v. the entirety of the sentencing hearings (if applicable), vi. the entirety of the sentencing (if applicable), vii. the entirety of the victim impact hearings (if applicable), viii. the entirety of the reparation hearings (if applicable), and ix. any other attendance directed by the Chamber* », *ibid.*, p. 52.

¹³⁴² *Ibid.*, §§ 49-51.

¹³⁴³ *Ibid.*, §§ 47-48, 110.

¹³⁴⁴ En particulier, la Chambre de première instance V(b) avait accordé sous conditions la demande d'Uhuru Muigai Kenyatta d'être excusé d'être présent en permanence tout au long de son procès, à l'exception des audiences suivantes: les déclarations liminaires et finales de toutes les parties et les participants, lorsque des victimes exposeraient leurs vues et préoccupations en personne lors du procès, lors du prononcé du jugement dans l'affaire et toute autre audience si la Chambre l'ordonne, et le cas échéant, les audiences relatives à la peine, le délivré de la peine, l'entière des audiences portant sur le préjudice causé aux victimes, et les audiences liées aux réparations. Le 28 octobre 2013, l'accusation a déposé une demande de réexamen de la décision du 18 octobre, demandant à la Chambre d'infirmier la décision d'excuser l'accusé d'être présent et de revenir à la règle générale de l'article 63-1. Voy., C.P.I., *The Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta*, Defence Submission of Uhuru Muigai Kenyatta's Waiver of Right to be Present at Trial, ICC-01/09-02/11, 28 October 2013 et [même affaire], Prosecution's motion for reconsideration of the "Decision on Defence request for conditional excusal from continuous presence at trial" and in alternative, application for leave to appeal, 28 October 2013.

réexaminant sa décision précédente qui excusait Uhuru Muigai Kenyatta d'une présence continue au procès¹³⁴⁵, a estimé que, de manière générale, l'accusé doit être présent et que toute éventuelle demande d'être dispensé de participer au procès aurait doit être examinée au cas par cas¹³⁴⁶.

CONCLUSION CHAPITRE II

En matière de droits de la défense, on imagine le Statut comme un laboratoire juridique qui ne se limite pas à l'énumération des droits contenus dans les articles 55 et 67, mais offrant une protection plus grande par rapport aux garanties procédurales prévues pour les Tribunaux ad hoc. La plupart des droits dont jouit le suspect s'étendent, mutatis mutandis, à l'accusé, et vice versa, même si les droits de l'accusé semblent plus comprimés par rapport aux droits du suspect, du fait de son incrimination officielle suivant la confirmation des charges. Toutefois, la distinction entre les deux statuts correspond à une règle formellement séparée, à travers l'analyse de laquelle on a pu vérifier le degré élevé de protection offert par le Statut en matière de droits procéduraux de la défense, surtout en ce qui concerne l'art. 55, qui contient des prévisions jadis inédites et qui visent à équilibrer la dissymétrie de pouvoirs entre l'accusation et la défense. Par son ampleur, la norme a pour vocation d'amplifier ultérieurement le rayon de protection par l'inclusion d'une application interprétative encore plus étendue. Toutefois, il existe plusieurs zones d'ombre où la protection est plus formelle que substantielle et la normative statutaire est plus déficitaire. Par exemple, devant la C.P.I., l'interdiction du procès par contumace implique souvent que la présence de l'accusé soit assurée par l'application – parfois trop désinvolte - de la détention préventive. Ainsi, le principe de la présomption d'innocence résulte mutilé par un châtement infligé à l'accusé prématurément, en dépassant les limites imposées par les règles internationale.

¹³⁴⁵ M. Kenyatta est accusé en tant que coauteur indirect de cinq chefs de crimes contre l'humanité (meurtre, déportation ou transfert forcé de population, viol, persécution, et autres actes inhumains) qui auraient été commis pendant les violences post-électorales au Kenya en 2007-2008. Les charges à son encontre avaient été confirmées le 23 janvier 2012 et l'affaire avait été renvoyée en procès devant la Chambre de première instance V(b).

¹³⁴⁶ Dans un cas analogue, la Cour d'appel a revu la décision de la Chambre de première instance, en l'espèce l'accusé Bemba était en détention provisoire et avait été autorisé à être absent pour deux jours, donc une période pré-établi et très limitée, I.C.C., *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Chambre préliminaire II, Decision on the Interim Release of Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-475, 14 August 2009. Il faut souligner les propositions avancées par la doctrine en matière d'absence de l'accusé au procès, J. Fernandez/X.Pacreau (sous la dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, op. cit., pp. 1440-1441.

CHAPITRE II. LA PROTECTION DE L'ACCUSE PAR LES AUTRES TEXTES PROCEDURAUX DE LA COUR

Les autres textes procéduraux qui complètent la normative statutaire ont parfois une importance supérieure au document fondateur de la C.P.I., car l'effectivité des droits de la défense s'appuie sur la procédure. En revanche, les Eléments des crimes, étant un texte qui ne relève pas aux fins de la procédure, n'a qu'une influence indirecte sur les droits de la défense, pour cette raison nous en avons négligé ici l'analyse. Le Règlement de procédure et de preuve (R.P.P.) est un texte fondamental pour assurer la régularité du procès, pour cela il a une sorte de priorité sur les autres règlements¹³⁴⁷. Le R.P.P. et le Code de conduite professionnelle des conseils (C.C.P.C.) sont les textes fondamentaux qui ne sont pas attachés à aucun organe institutionnel (Section I), à la différence des Règlements du Procureur, de la Cour et du Greffe ; car chacun d'eux apportent une contribution remarquable au bon fonctionnement de la Cour et à l'exercice effectif des droits de la défense (Section II).

Section I. Les textes détachés des organes institutionnels

Il est erroné de penser que le Statut est le seul instrument régissant l'activité de la Cour, puisqu'il y a deux textes qui, même s'ils ne remontent à aucun des organes de la Cour, ont une importance fondamentale pour la procédure, il s'agit du R.P.P. (§1) et du C.C.P.C. (§2).

§ 1. Le Règlement de procédure et de preuve

Le R.P.P. est le paradigme normatif qui décline la réglementation statutaire assurant la régularité du procès (A) ; ce document se nourrit des standards internationaux les plus élevés en matière de procès pénal et est le résultat de l'élaboration des instances pénales internationales, lesquelles ont adapté le R.P.P. aux nécessités du procès¹³⁴⁸(B).

A. Le bras séculier du Statut

¹³⁴⁷ Le Règlement de procédure et de preuve a été adopté par l'Assemblée des Etats Parties de la C.P.I. le 9 septembre 2002 et est entré en vigueur le même jour, ICC-ASP/1/3.

¹³⁴⁸ S. FERNANDES DE GURMEDIA/H. FRIMAN, « The rules of procedure and evidence of the International Criminal Court », *I.Y.H.L.* 2000, p. 325; L. DOSWALD-BECK/R. KOLB, *Garanties judiciaires et droits de l'homme-Nations Unies, Systèmes européen, américain et africain, Textes et résumés de la jurisprudence internationale*, Engel Verlag, Kehl/Strasbourg/Arlington, 2004, p. 95.

Le R.P.P. n'a pas été créé par les juges, il existait déjà au moment de la mise en marche de la C.P.I. (1). Il s'agit du document de procédure où on retrouve presque toute la réglementation du procès et, par conséquent, toutes les garanties énoncés dans le Statut de Rome (2).

1. La parthénogenèse du R.P.P. de la Cour

Au cours du procès Lubanga, plusieurs critiques ont été adressées aux juges sur leur manière de conduire le procès. Plus précisément, ils n'auraient pas profité de l'expérience décennale des précédentes juridictions pénales internationales, préférant plutôt introduire une procédure créée ex novo par eux, d'autant plus qu'ils avaient déjà à leur disposition un R.P.P.. A la différence donc de ses prédécesseurs, le R.P.P. de la C.P.I. n'a pas été créé par les juges, mais il est, comme pour le Statut, issu de l'accord des Etats Parties. En revanche, les juges des T.P.I. ont été de véritables pionniers car il ont dû créer ex novo ce texte juridique ; créés dans des situations d'urgence, les Tribunaux ad hoc ne furent pas dotés à l'avance de Règlements de procédure et de preuve. En tant que prototypes de la justice pénale internationale, les T.P.I. ont ensuite dû soumettre leur Statuts à des révisions semestrielles afin d'affiner et perfectionner une procédure qui se présentait imparfaite et incomplète, car les seules exemples précédents en la matière remontaient à 50 ans environ¹³⁴⁹. Les règles de procédure ont donc été une prérogative des juges des T.P.I., car, en manque d'un législateur proprement dit, les juges ont dû établir eux-mêmes les règles procédurales nécessaires pour le bon fonctionnement du procès¹³⁵⁰. Le système juridique mis en place par les T.P.I. en matière de procédure a donc eu l'effet de contribuer au processus de cristallisation des sources et des principes du D.I.P.¹³⁵¹, donnant le substrat pour le R.P.P. de la Cour, qui est le document qui règle en détail le déroulement du procès et fixe les normes qui garantissent un procès équitable et le respect des droits de la défense.

Le R.P.P. de la C.P.I. est donc une exception à la pratique habituelle, dans la mesure où son adoption a été confiée à la majorité des deux tiers de l'A.E.P., qui représente un législateur international avec la fonction d'assurer une sécurité juridique en ce qui concerne la légalité des règles à l'égard d'une juridiction qui est établie par la loi et non par une résolution du Conseil de sécurité¹³⁵². Le R.P.P. met dans la pratique le Statut, étant une sorte de code de procédure de la

¹³⁴⁹ Cf. l'art. 13 du Statut du T.M.I.N.

¹³⁵⁰ Voy. l'art. 15 du Statut du T.P.I.Y.

¹³⁵¹ P. Weckel, « L'originalité de la pratique des TPI au regard de la théorie des sources de droit international », in *Les sources du droit pénal international*, M. DELMAS-MARTY/E. FRONZA/E. LAMBERT-ABDELGAWAD(dir.), UMR de droit comparé de Paris, SLC, vol. 7, 2004, p. 439.

¹³⁵² C.P.I., art. 51.

Cour, qui se compose de 225 règles très techniques - alors que les règles procédurales de Nuremberg comptaient à peu près une dizaine de normes -, dont plusieurs concernent directement les droits de la défense, telles que les règles en matière de divulgation, d'indemnisation, de détention, de contradictoire et d'exécution de la peine. Mais, le Statut de Rome conserve la primauté sur le R.P.P., qui est néanmoins le texte qui applique le Statut, comme il a été établi lors de son adoption¹³⁵³. Il peut toujours tenir compte de la nature mixte du Statut, qui est un document qui rassemble aussi bien les règles de droit substantiel que de procédure. En faisant souvent référence explicite au Statut, le R.P.P. perfectionne et applique la normative du Statut¹³⁵⁴. Dans cette perspective, le R.P.P. doit toujours être interprété et appliqué conformément à la lettre et à la lumière de l'esprit du Statut, comme il a été souligné par la jurisprudence¹³⁵⁵. Dans cette fonction de garantie de l'efficacité de la Cour, le R.P.P. est donc l'instrument qui protège et réalise les droits de l'accusé plus que les autres.

Mais, le R.P.P. est également un instrument d'équilibre, où se concentrent les règles de procédure propres aux deux traditions juridiques de la *common law* et de la *civil law*. Il représente un espace juridique où, dans le respect des règles du procès équitable, la composante accusatoire de la procédure internationale représente un barrage à la composante inquisitoire. La normative du R.P.P. n'est pas simplement déclarative se limitant à énoncer les principes et les droits fondamentaux de l'accusé, puisque la fonction du texte est d'harmoniser sur le terrain de la pratique la réalité du procès devant une juridiction unique dans son genre. La fonction règlementaire est donc celle d'adapter la théorie à la pratique, sans toutefois déborder vers une lecture strictement pragmatique de la règle à appliquer¹³⁵⁶. Le R.P.P. peut être considéré un véritable code de procédure qui se conforme à l'exigence de respecter les droits de l'homme dans le cadre du procès devant la Cour. Pour réaliser son but, à la différence du Statut, le R.P.P. reste un instrument vivant, qui est sujet à subir des vérifications et plusieurs modifications afin de rendre la procédure plus flexible face aux exigences du procès équitable qui émergent au cas par cas¹³⁵⁷. La structure de ce

¹³⁵³ Règlement de procédure et de preuve ICC-ASP/1/3, note de bas de page relative au titre, p. 1.

¹³⁵⁴ En la matière voy. R.-E. Fefe, « Penalties », in R.-S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: Elements of Crimes and Rules of procedure and evidence*, Transnational Publishers, Inc., Ardsley New York, 2001.

¹³⁵⁵ Il s'agissait d'appliquer la règle 92, qui, à avis de la Chambre ne pouvait être interpréter comme « ...pouvant réduire le champ d'application d'un article du Statut », C.P.I., *Situation en RDC. Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre préliminaire I, Décision sur les demandes de participation à la procédure VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5, VPRS 6, ICC-01/04-101, 17 janvier 2006, cit., § 47.

¹³⁵⁶ H. ASCENSIO, « La banalité des sources du droit international pénal par rapport aux sources du droit international général », in M. DELMAS-MARTY/E. FRONZA/E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *op. cit.*, pp. 403-409.

¹³⁵⁷ J.-DE HEMPTINNE, « L'hybridité et l'autonomie du Règlement de procédure et de preuve du Tribunal international pour l'ex-Yugoslavie » et E. FRONZA/E. MALARINO/C. SOTIS, « Le principe de précision et la justice pénale internationale » in M. DELMAS-MARTY/E. FRONZA/E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *ibid.*, pp. 155-155 et pp. 157-210 ; A. LELARGE, *op. cit.*, p. 16.

texte juridique est celle d'un corpus des règles de procédure propres au procès pénal international moderne, dont le R.P.P. de la Cour est l'expression la plus évoluée¹³⁵⁸.

2. La quintessence de la défense technique

Le R.P.P. contient un nombre considérable de règles consacrées directement ou indirectement à la défense, surtout en matière d'aide légale et de preuve **(a)**. En outre, il fixe les garanties à respecter au cours du procès devant les Chambres **(b)**.

a. Les règles consacrées à la défense

i. Les règles en matière d'aide légale

Naturellement, les règles du R.P.P. ne sont pas toutes consacrées aux droits de l'accusé, mais plusieurs dispositions s'avèrent cruciales à cet égard¹³⁵⁹. En premier lieu, la règle 20, qui établit une obligation d'ordre générale, mais en même temps prioritaire, à savoir la responsabilité principale du Greffier en matière d'organisation et d'effectivité de la défense¹³⁶⁰, puisqu'il incombe au Greffe de faire « [...] valoir les droits de la défense conformément au principe du procès équitable fixé par le Statut »¹³⁶¹. Le R.P.P. consacre donc le Greffier comme l'organe institutionnel chargé de faciliter la réalisation et l'efficacité des droits de la défense devant la Cour et lui attribue une série de tâches spécifiques, comme: l'assistance et la désignation des conseils, l'assistance aux conseils, le maintien de la liste des conseils, l'aide judiciaire aux frais de la Cour, la protection de la confidentialité, la mise à disposition de toute installation nécessaire à l'exercice des fonctions défensives, l'aide à obtenir des avis juridiques et la jurisprudence de la Cour dans certaines matières, la diffusion d'informations utiles aux conseils de la défense, les avis donnés aux Procureurs et aux Chambres sur des questions concernant la défense, l'administration financière nécessaire pour garantir l'indépendance professionnelle des conseils de la défense, la collaboration avec les ordres nationaux ou les associations d'avocats pour de la spécialisation des juristes, l'organisation de l'aide judiciaire, l'élaboration du code de conduite professionnelle et ainsi de suite¹³⁶².

¹³⁵⁸ R. KOLB, *Droit International Public, op. cit.*, p. 216 s.

¹³⁵⁹ Voy. la règle 34 sur la récusation des juges, du Procureur et des Procureurs adjoints, les règles 63 à 75 sur les critères à respecter en matière d'admissibilité de la preuve et les règles 76 à 84 en matière de divulgation.

¹³⁶⁰ C.P.I., règle 20(1)(c).

¹³⁶¹ *Ibid.*, règle 20(1).

¹³⁶² *Ibid.*, règle 20(1)(a)(b)(c)(d)(e)(f), (2) et (3).

En revanche, la règle 22 indique les critères d'éligibilité du conseil de la défense, qui doit posséder des qualifications spécifiques, alors que la règle 21 indique les modalités de la commission d'office d'un conseil pour les accusés indigents. Dans les faits, la nomination se fait sur proposition du Greffier, suite aux consultations avec les organes représentatifs d'avocats ou avec des conseillers juridiques¹³⁶³. Cependant l'intéressé garde toujours le droit de choisir librement son conseil et, si la commission d'office est refusée, l'intéressé peut porter la question devant la Présidence. De plus, lorsque la requête est rejetée, et si les circonstances qui avaient déterminé le rejet ont changées, l'intéressé peut présenter une requête nouvelle au Greffier « s'il établit qu'il y a des circonstances nouvelles » ; toutefois, s'il émerge que l'intéressé soi-disant indigent ne l'est pas, il sera le destinataire d'une ordonnance de mise à contribution pour recouvrer les frais de la commission d'office du conseil¹³⁶⁴. En effet, le R.P.P. donne un pouvoir énorme et parfois dangereux au Greffier, lequel, même s'il est chargé d'une décision éminemment administrative, peut toujours dépasser ses fonctions du fait d'une erreur d'évaluation de ses compétences et déborder la procédure pour revenir sur l'examen de la question au fond¹³⁶⁵.

ii. Les règles en matière de preuve

La règle 47 est une autre règle fondamentale pour sauvegarder les droits de la défense, car elle fixe les limites que le Procureur doit respecter pour verser au dossier les dépositions rendues avant le procès¹³⁶⁶. En corrélation avec l'art. 56, cette règle demande d'abord le respect de la condition que la déposition concernée était impossible à recueillir par la suite et en outre que la présence d'un conseil ou d'un juge de la Chambre préliminaire soit assurée au cours de la déposition¹³⁶⁷. Par contre, il est difficile de comprendre pourquoi, selon la lettre de la règle, la présence d'un conseil doit être alternative à la présence d'un juge et vice versa, alors que la présence des deux est certainement plus adaptée, d'autant plus que la présence de l'une n'exclue pas l'autre a priori. Au-delà de l'interprétation, lorsque ladite déposition est présentée, la règle impose qu'elle soit soumise au respect des dispositions établies en matière de preuve¹³⁶⁸. En revanche, en matière d'acquisition non rituelle de la preuve, la règle 114 donne à la défense le droit à être

¹³⁶³ *Ibid.*, règle 21(1).

¹³⁶⁴ *Ibid.*, règle 21.

¹³⁶⁵ A cet égard voy. la jurisprudence: C.P.I., *Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Présidence, Decision on the application to review the decision of the Registrar denying Mr Balemba privileged visits with Mr Lubanga Dyilo, under regulation 21 of the Regulations of the Registry, 27 November 2006, ICC-01/04-01/06-731-Conf, § 24; [même affaire], Décision relative à la Demande urgente en vertu de la règle 21-3 du Règlement de procédure et de prévue et à la Demande urgente pour la désignation d'un conseil de permanence, déposée par Thomas Lubanga Dyilo devant la Présidence, ICC-01/04-01/06-937, 29 juin 2007, § 21.

¹³⁶⁶ C.P.I., règles 47.

¹³⁶⁷ *Ibid.*, règle 47(2) en corrélation avec l'art. 56.

¹³⁶⁸ *Ibid.*, art. 69

consulté par la Chambre préliminaire¹³⁶⁹ et à obtenir des mesures de garantie¹³⁷⁰ dans le cas où le Procureur considère qu'il est nécessaire d'acquérir une preuve avant le procès, car une occasion similaire ne se présentera plus par la suite¹³⁷¹. La réglementation en matière de preuve a subi les influences de la pratique des T.P.I., qui a forgé les R.P.P.¹³⁷².

Aussi importantes sont respectivement la règle 77, qui permet à la défense de prendre connaissance de toutes pièces en possession ou sous le contrôle du Procureur¹³⁷³, et la règle 116 qui protège la personne arrêtée ou comparue sur citation en ce qui concerne le rassemblement des éléments de preuve, afin qu'elle soit facilitée à préparer sa défense¹³⁷⁴. En outre, il est établi que l'accusé doit être informé par écrit de l'adoption de sanctions ou de la perte de fonctions des juges, du Procureur, du Procureur adjoint, du Greffier ou du Greffier adjoint, la défense ayant le droit d'assumer un rôle actif afin de faire valoir ses arguments, recevoir tout élément de preuve et d'être représentée par un conseil dans le cadre d'une procédure disciplinaire touchant l'un des organes de la Cour¹³⁷⁵. Le R.P.P. fixe aussi les règles à adopter en tout cas d'application de mesures privatives ou restrictives de la liberté personnelle¹³⁷⁶. L'éventail des règles consacrées à la défense est beaucoup plus ample, surtout lorsqu'on considère que, même si elles ne concernent pas directement les droits de la défense, elles se réverbèrent sur l'accusé, au moins de manière indirecte.

b. Les garanties devant les Chambres

i. Les garanties devant la Chambre préliminaire

Le R.P.P. contient un large nombre de règles qui visent à protéger la défense au cours de l'audience de confirmation des charges. Il peut s'agir de garanties d'ordre général, comme le droit à être représenté par un conseil de propre choix¹³⁷⁷ et le droit de réplique¹³⁷⁸, mais une règle importante qui est propre à cette phase, est celle qui donne à la personne la possibilité d'être absente à l'audience de confirmation des charges¹³⁷⁹ et de se faire assister par un conseil connu de la Cour,

¹³⁶⁹ *Ibid.*, règle 114(1).

¹³⁷⁰ *Ibid.*, règle 114(2).

¹³⁷¹ Y. NOUVEL, "La preuve devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie", *R.G.D.I.P.*, 1997-4, p. 905 ; J.-R.-W.-D. JONES, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, Transnational Publishers, Inc., Irvington-on-Hudson, N.Y., 1998, pp. 714-715.

¹³⁷² C.P.I., art. 56.

¹³⁷³ *Ibid.*, règle 77.

¹³⁷⁴ *Ibid.*, règle 116(1)(a) et art. 57(3)(b).

¹³⁷⁵ *Ibid.*, règle 27.

¹³⁷⁶ *Ibid.*, règles 117(1) et 119.

¹³⁷⁷ *Ibid.*, règle 121(2)(a).

¹³⁷⁸ *Ibid.*, règle 122(5).

¹³⁷⁹ Puisque la personne a renoncé à son droit d'être présent, a pris la fuite ou est introuvable, voy. C.P.I., art. 61(2)(a)(b).

qui sera présent lorsque la Chambre préliminaire tiendra des consultations avec le Procureur¹³⁸⁰. En réalité, nous considérons plutôt floue la formulation adoptée par la règle 123 en ce qui concerne la connaissance du conseil de la part de la Cour, s'agissant d'une condition qui réduit le droit de choisir librement le conseil. La formulation fait entendre qu'il s'agit d'un conseil commis d'office par la Chambre, mais elle n'explique pas dans quelle mesure il est connu par la Cour. De même, nous ne comprenons pas pourquoi la présence d'un conseil n'est pas exprimée en termes d'obligation, mais selon une formulation plus neutre « ... lorsque la personne concernée est assistée d'un conseil connu de la Cour, les consultations se tiennent en présence de celui-ci »¹³⁸¹, d'autant plus que l'absence éventuelle de la personne à l'audience devrait toujours imposer la présence d'un conseil capable d'exercer tous ses droits en toute circonstance¹³⁸²; le caractère confus de la formulation littérale ferait penser que l'audience de confirmation des charges peut se dérouler valablement en l'absence d'une défense tout court et non uniquement en l'absence de la personne concernée, ce qui affecterait énormément l'équité de la procédure. D'autre part, cette sorte de réduction des garanties s'expliquerait par la nature de l'audience de confirmation des charges, qui n'équivaut pas au procès. Il s'agit toutefois de simples spéculations hypothétiques.

Or, puisque l'absence de la personne à l'audience de confirmation des charges peut être due à son libre choix et pas forcément à sa fuite, le R.P.P. impose à la Chambre de s'assurer que la personne sache qu'elle a le droit d'être présente à l'audience, connaît les conséquences de sa renonciation et qu'enfin, elle soit au courant de toute décision¹³⁸³. La Chambre pourra tirer cette conviction suite à des consultations avec le Procureur et la défense¹³⁸⁴. Dans le cas d'une renonciation, le R.P.P. donne à la personne la possibilité de suivre l'audience de l'extérieur de la salle ou d'intervenir en faisant parvenir aux juges des observations écrites¹³⁸⁵. A la conclusion de cette phase, la réglementation attribue à la personne le droit d'être avisée par la Chambre préliminaire de toute possible intention du Procureur de modifier les charges déjà confirmées¹³⁸⁶ et de faire des observations sur certaines questions de fait ou de droit¹³⁸⁷. Enfin, dans l'intérêt de la défense, il est prescrit que la procédure de confirmation des charges soit renouvelée lorsque la

¹³⁸⁰ *Ibid.*, règle 123(2).

¹³⁸¹ *Ibid.*

¹³⁸² *Ibid.*, règles 125(1) et 126(2).

¹³⁸³ *Ibid.*, règle 125(2).

¹³⁸⁴ *Ibid.*, règle 124(1)(2).

¹³⁸⁵ *Ibid.*, règle 124(3)(4).

¹³⁸⁶ *Ibid.*, règle 128(1).

¹³⁸⁷ *Ibid.*, règle 128(2).

Chambre préliminaire estime que les modifications proposées par le Procureur sont en réalité des charges nouvelles ou plus graves¹³⁸⁸.

ii. Les garanties devant la Chambre de première instance

Le R.P.P. préserve les intérêts de l'accusé aussi bien avant que durant le procès. A cette fin, après la transmission du dossier par la Chambre préliminaire, l'accusé jouit du droit de le consulter¹³⁸⁹ et d'être entendu par la Chambre de première instance sur toute question concernant la procédure¹³⁹⁰. Au début du procès, lorsque plusieurs accusés sont jugés ensemble, le R.P.P. donne à la Chambre le pouvoir d'ordonner la séparation du procès pour l'accusé qui a avoué coupable afin de lui éviter tout préjudice possible¹³⁹¹, alors que, au cours du procès, la Chambre peut ordonner, d'office ou sur demande, l'ajournement du procès si l'accusé n'est pas dans un assez bon état de santé pour passer en jugement¹³⁹². Toutefois, selon une analyse littérale de la règle 113, le droit de l'accusé à un examen médical, psychologique ou psychiatrique est plus proche d'une imposition que d'un droit, puisque dans ce cas la Chambre « ... ordonne qu'une personne ... subisse un examen médical, psychologique ou psychiatrique ... »¹³⁹³. Ici la lettre de la disposition ne provoque aucun doute.

Aux termes du R.P.P., au cours des débats, l'accusé a le droit d'interroger le témoin en dernier¹³⁹⁴ et de parler en dernier au moment de la clôture de la présentation des moyens de preuve et des conclusions orales¹³⁹⁵. De plus, une fois la personne condamnée, elle pourra désigner un Etat chargé de l'exécution, continuera à jouir du droit de présenter toute observation concernant sa condamnation et à bénéficier du service de traduction après les décisions définitives sur la condamnation et la peine¹³⁹⁶. En revanche, la règle 173 fixe les modalités de demande d'indemnisation due après l'annulation d'une condamnation, après la découverte de l'existence d'une erreur judiciaire grave et manifeste ou suite à une arrestation ou détention illégale. En particulier, en matière de détention, une traduction dans la langue de la personne remise à la Cour est prévue pour tous les actes accompagnant la demande de remise¹³⁹⁷; en outre, le R.P.P. garanti à

¹³⁸⁸ *Ibid.*, règle 128(3).

¹³⁸⁹ *Ibid.*, règle 131(2).

¹³⁹⁰ *Ibid.*, règle 134(1).

¹³⁹¹ *Ibid.*, règle 136(1).

¹³⁹² *Ibid.*, règle 135.

¹³⁹³ *Ibid.*, règle 113(1).

¹³⁹⁴ *Ibid.*, règle 140(2)(d).

¹³⁹⁵ *Ibid.*, règle 141(2).

¹³⁹⁶ *Ibid.*, règle 203.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, règle 187.

la personne détenue le droit de présenter des observations concernant sa détention¹³⁹⁸. Le droit de parole continue donc au cours de la détention, dans la mesure où les observations de la défense sont toujours admises dans le cas de demande de réduction de la peine de la part du condamné¹³⁹⁹.

B. La perfectibilité du R.P.P.

La procédure de la Cour présente une marge d'incertitude qui nuit à la sécurité juridique (1), du fait de la possibilité des règles procédurales d'être amendées, afin d'adapter la procédure à la réalité du procès. Dans ce processus d'adaptation, il faut regretter l'exclusion de la défense, qui n'a aucun rôle officiel d'initiative autonome en matière de modification du R.P.P. (2).

1. La sécurité juridique du régime procédural de la Cour

Ubeda-Saillard accuse le droit international pénal d'incomplétude du fait du degré d'imprécision des normes applicables, qui obligerait le juge international à faire preuve d'« activisme » dans son œuvre d'interprétation de la norme au moment de son application¹⁴⁰⁰, surtout lorsqu'il s'agit des règles de procédure et de preuve. Pour les raisons déjà énoncées, ladite conclusion concerne surtout les T.P.I. pour le fait que les juges eux-mêmes durent créer les règles de procédure. En revanche, les modalités complexes de création et de révision du R.P.P. de la Cour garantissent la juridiction de toute incomplétude législative et assurent un régime juridique préétabli par rapport aux R.P.P. des Tribunaux ad hoc. Mais il faut reconnaître que, selon une perspective évolutive de la normative, l'incomplétude prétendue du R.P.P. assure à la défense la possibilité que des amendements perfectionnent en précisant certains aspects de la procédure que le Statut a négligé et que la réalité du procès demande.

Quant à la Cour, la validité de tout amendement apporté au R.P.P. est subordonné à sa conformité au Statut et, en cas de conflit entre les deux documents le Statut prévaut, la règle ayant un caractère simplement subsidiaire par rapport aux articles du texte fondateur de la C.P.I., qui maintient toujours la primauté sur tous les autres documents¹⁴⁰¹. Il est évident que cette disposition essaye de pallier l'imprécision typique des phénomènes évolutifs législatifs dérivant du droit vivant,

¹³⁹⁸ *Ibid.*, règle 192(3).

¹³⁹⁹ *Ibid.*, règle 224(1)(4).

¹⁴⁰⁰ M. UBEDA/SAILLARD, «Les techniques interprétatives des tribunaux pénaux internationaux », *R.G.D.I.P.*, 2011-CXV, pp. 421-434 ; voy. Egalement, S. ZAPPALA, «Judicial Activism v. Judicial Restraint in International Criminal Justice », in A. CASSESE, (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 220 et s.

¹⁴⁰¹ C.P.I., art. 51(5).

grâce à la protection des qualités de prévisibilité, clarté et sécurité juridique demandées à une norme afin qu'elle se révèle conforme au principe de légalité. Il va de soi que, dans le cas du R.P.P., la légalité est considérée en termes procéduraux. En outre, il incombe aux juges le devoir de vérifier la conformité des règles au Statut sur la base des critères d'interprétation propres aux traités. Toutefois, la décision finale reste toujours confiée à l'A.E.P., qui a le dernier mot dans un domaine où la défense est absente.

2. La nature évolutive des règles procédurales

La flexibilité du R.P.P. permet à la procédure d'évoluer et de s'adapter aux exigences de la justice de La Haye. Il s'agit, toutefois, d'une flexibilité qui n'est pas dépourvue de limites, les amendements étant soumis à des modalités procédurales de modification qui garantissent la défense de tout arbitraire (a). Seulement en cas d'urgence, la procédure ordinaire peut être dépassée en faveur d'une procédure qui est, certes, plus rapide et informelle, mais également plus sommaire (b).

a. Les amendements sortant de la procédure ordinaire

La possibilité de formuler des amendements trouve son fondement dans la nature du R.P.P., qui est un document pratique présentant une malléabilité que lui permet de s'adapter à la réalité mutable du procès. Or, aux termes de l'art. 51, les amendements apportés au R.P.P. peuvent être proposés par les Etats Parties, par les juges à la majorité absolue et par le Procureur¹⁴⁰² ; ils sont approuvés à la majorité des deux tiers des membres de l'A.E.P.¹⁴⁰³. En ce qui concerne la faculté de proposition de la part des Etats Parties, il est escompté que le pouvoir d'initiative appartient in primis à l'organe chargé de légitimer tout amendement au Statut¹⁴⁰⁴. Il s'agit d'un pouvoir de proposition dont la défense est complètement dépourvue. En réalité, la nature évolutive du R.P.P. peut être interprétée en faveur de l'accusé, qui subirait un préjudice du fait de l'applicabilité exclusive de règles procédurales propres à un document très rigide comme le Statut. D'autre part, il faut admettre qu'il est difficilement compréhensible le fait que la défense soit exclue de ladite procédure, la défense étant l'un des acteurs fondamentaux du procès.

¹⁴⁰² *Ibid.*, art. 51(2). En ce qui concerne le T.P.I.Y., l'art. 6 du Statut prévoit que toute proposition émane des juges du Procureur et du Greffier.

¹⁴⁰³ Cf. le "Rapport de la Commission préparatoire sur sa première session (16-26 février 1999)", Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, PCNICC/1999/L.3/Rev.1. § 8, 2 mars 1999. ; à cet égard voy. Également B. Broomhall, « Art. 51 : Rules of Procedure and Evidence », in O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's note, article by article*, Baden-Baden, Nomos, 2e éd., 2008, pp. 1035 et 1042.

¹⁴⁰⁴ A. CISSE, "Art. 51. Règlement de procédure et de preuve", in J. FERNANDEZ/X. PACREAU (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 1147.

Il faut reconnaître toutefois que la dictée de la norme n'exclut pas expressément à la défense ni aux autres participants au procès de proposer indirectement des amendements, à condition que toute proposition formelle provienne uniquement de l'une des trois parties mentionnées ; cela fait penser que, lorsque les amendements proposés par la défense ne sont pas acceptés par l'une des parties légitimée à les proposer, ils n'ont pas d'accès à l'A.E.P.. La disparité entre le Procureur et la défense se trouve donc surtout par rapport à la position privilégiée du Procureur, qui a le pouvoir de faire apporter des modifications aux règles du procès. Une clause de protection des intérêts de la défense est cependant représentée par la règle générale de la non applicabilité rétroactive de tout amendement, car cela serait « [...] au préjudice de la personne qui fait l'objet d'une enquête, de poursuites ou d'une condamnation »¹⁴⁰⁵. Pour ne pas permettre à la nouvelle règle de s'avérer contraire aux intérêts de la défense, on appliquera la règle la plus favorable en vertu du *favor rei*¹⁴⁰⁶. Malgré cela, il faut toujours regretter l'absence de la défense dans la procédure d'approbation des amendements, une absence qui infirme le contradictoire surtout lorsqu'il s'agit d'innovations contraires aux intérêts de la défense¹⁴⁰⁷.

b. Les règles provisoires

Dans le cas d'urgence, pour détourner la procédure trop élaborée de la proposition et approbation devant l'A.E.P., les juges peuvent établir des règles provisoires valables jusqu'à la première réunion ordinaire ou extraordinaire de l'Assemblée, qui par la suite pourra les adopter, les

¹⁴⁰⁵ C.P.I., art. 51(4).

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*, art. 24(2).

¹⁴⁰⁷ Au cours de la onzième session de l'A.E.P. au Statut de Rome, qui s'est tenu à La Haye du 14 au 22 novembre 2012, beaucoup de résolutions ont caractérisées ce qui a été le bilan de la première décennie d'activité de la C.P.I.. Parmi les autres, la résolution portant sur la modification du R.P.P. visant à réduire les coûts de la juridiction a fait l'objet de plusieurs critique quant au respect des garanties procédurales. Plus spécifiquement, l'Assemblée a décidé d'insérer la règle 132bis permettant que « *les fonctions de la Chambre de première instance puissent être exercées par un juge unique ou plusieurs juges uniques, aux fins de diligenter l'agencement de la procédure et d'assurer l'optimisation des coûts* », voy. ICC-ASP/11/Res.2. Les critiques que cette résolution a soulevées concernent la violation du principe de la collégialité, jugé du point de vue procédural comme une garantie d'indépendance incontournable, qui serait sacrifié pour des simples raisons budgétaires. Toutefois, pour restreindre tout risque lié au manque de confrontation collégiale, le paragraphe 6 de l'art. 132bis limite la compétence du juge unique, excluant toute décision qui affecterait les questions de droit et de fait au cœur de l'affaire. Les critiques ont donc concerné l'ambiguïté de la formulation de cette disposition qui risque d'introduire un degré d'incertitude en ce qui concerne le rôle effectif du juge unique. Les exigences de rationalisation des coûts soutenus par la Cour dans son activité pourraient donc réduire les garanties d'indépendance du juge, une indépendance qui pourrait être garantie par le respect de la collégialité. De surplus, l'incertitude sur les limites des fonctions du juge unique privent de précision la portée de la norme 132bis. Par contre, nous considérons que la compétence exclusive des Etats Parties en matière de révision du R.P.P. permet à l'encadrement normatif de maintenir une certaine rigueur, au-delà du résultat que l'activité de l'Assemblée produit singulièrement sur chaque question. Cf. à cet égard le commentaire sur l'actualité de la justice pénale internationale sous la direction de L. BALMOND, in *R.D.P.* 2012.

modifier ou les rejeter¹⁴⁰⁸. Tout en gardant la règle générale de la non rétroactivité au préjudice de la personne concernée par la procédure devant la Cour, les règles provisoires peuvent être établies au bénéfice ou au détriment de la défense, selon le point de vue individuel. La procédure d'urgence peut être considérée comme nécessaire lorsque la majorité des deux tiers des juges estime qu'un cas d'urgence l'impose ou qu'une situation particulière portée devant la Cour, qui n'est pas prévue par le Règlement, demande une solution immédiate. Puisque l'appréciation sur l'existence des conditions pour l'adoption de la procédure provisoire revient uniquement aux juges – qui est une partie tierce –, la défense pourra en bénéficier lorsque la règle vise à débrouiller un problème dont la persistance serait en tout cas préjudiciable pour l'accusé, car les incertitudes procédurales sont toujours nuisibles pour l'accusé. Donc la procédure d'urgence, malgré son caractère sommaire, serait plus favorable à la défense.

Toutefois, en termes généraux, la non prévisibilité d'une règle rend le champ normatif incertain qui, selon le principe de légalité, doit être connu à l'avance, d'autant plus que la règle provisoire pourrait être perçue par la défense comme contraire à ses intérêts encore plus que le problème posé par la normative originaire. De surcroît, la rapidité excessive adoptée pour son application ne donne pas à la défense le temps nécessaire pour considérer toute implication qui pourrait en dériver ni la possibilité de vérifier attentivement la conformité de la règle au Statut¹⁴⁰⁹. A cet égard, la non rétroactivité de la règle provisoire et sa conformité au Statut posent, certes, des limites à cette procédure, en évitant tout abus possible, l'appréciation libre des juges ne pouvant jamais dépasser la volonté du législateur, à savoir de l'A.E.P.. De plus, la conformité doit concerner aussi bien la dictée littérale que l'esprit du Statut et doit s'étendre aussi bien à la règle singulièrement qu'à la règle considérée dans le cadre général du R.P.P., qui donc doit résulter conforme au Statut dans son ensemble.

§ 2. Le Code de conduite professionnelle des conseils

Il serait difficile de concevoir le R.P.P. comme la seule source du droit procédural de la Cour. Parmi les autres textes, le Code de conduite professionnelle des conseils (C.C.P.C.) est l'instrument de contrôle et de réglementation de la défense par excellence; il fait partie des textes officiels adoptés par la Cour, qui se compose de règles aussi bien juridiques qu'éthiques (A). En effet, l'éthique est l'un des paramètres de mesurer une justice juste (B).

¹⁴⁰⁸ C.P.I., art. 51(3).

¹⁴⁰⁹ B. BROOMHALL, « Art. 51 : Rules of Procedure and Evidence », in O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's note, article by article, op. cit.*, p. 1043.

A. Un outil éthique indispensable pour calibrer la défense

Il y a un lien entre l'éthique et la défense, qui se décline à travers l'action du défenseur (1), lequel est tenu à garantir l'accomplissement d'une série de tâches pendant son mandat de gardien des droits de l'accusé¹⁴¹⁰(2).

1. L'éthique de la défense

Il y a certaines notions philosophiques fondamentales qui, malgré leur caractère abstrait, sont en mesure d'orienter l'action pratique de l'individu. L'éthique en fait partie, dont la réflexion dans le cadre judiciaire qui nous intéresse ne peut se soustraire aux considérations sur la conformité de la conduite du conseil à l'éthique professionnelle. Or, le choix de la stratégie de défense la plus appropriée, la pondération attentive des conséquences utiles ou nuisibles que l'action défensive peut produire, la loyauté professionnelle, la compétence, la préparation du dossier et ainsi de suite, sont quelques uns des aspects cruciaux concernant la gestion technique du procès pénal. La maîtrise du dossier et la capacité technique de gérer le procès ont une incidence directe sur la régularité de l'administration de la justice, qui se réverbère sur les droits de l'accusé et leur respect de la part des opérateurs du droit, puisque la défense peut, elle-même, contribuer à la violation des droits de la défense.

C'est en vertu de cette dimension éthique élevée de la défense que nous préférons éviter d'utiliser ici le terme « client » - très utilisé dans la pratique et dans le lexique légal - pour indiquer l'accusé dans son rapport avec le conseil, car nous répudions toute vision commerciale de l'interaction, qui, en revanche, doit se maintenir intime et sacrée entre le représentant légal et son représenté¹⁴¹¹. Ledit rapport est régi par un code de bonne conduite professionnelle, qui est une

¹⁴¹⁰ Un avocat dit à un juge: *“Ma la fatica dell'avvocato non conosce orario né tregua: ogni processo apre un nuovo cammino, ogni cliente suscita un nuovo enigma. L'avvocato dev'esser presente contemporaneamente in cento luoghi, come il suo spirito deve seguire nello stesso tempo cento piste. Ai clienti, non a lui, appartengono anche le sue ore notturne, che son quelle forse in cui egli tormentosamente elabora per loro i più preziosi argomenti. Egli è, materialmente e spiritualmente, la protéiforme irrequietezza che vigila all'erta, come tu sei, o giudice, la olimpica immobilità, che senza fretta attende.”* [Mais la fatigue d'un avocat ne connaît pas d'horaires ni de trêve: chaque procès ouvre un nouveau chemin, chaque client suscite un nouveau énigme. L'avocat doit être présent au même moment dans cent endroits, ainsi comme son esprit doit suivre en même temps cent pistes. Aux clients, pas à lui, appartiennent également ses heures nocturnes, qui sont celles pendant lesquelles il élabore avec souffrance les arguments les plus précieux. Il est, matériellement et spirituellement, la protéiforme agitation que contrôle avec attention, comme tu es, juge, l'immobilité olympique, qui attend sans hâte], de P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte alle Grazie, Firenze, 1995, pp. 381-382.

¹⁴¹¹ Le Code de conduite professionnelle des conseils a été adopté le 2 décembre 2005 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006, ICC-ASP/4/Res.1.

guide pour le conseil et, en même temps, une garantie pour le justiciable. Le C.C.P.C. de la C.P.I. se compose de 46 articles, qui soulignent la fonction de garantie du conseil de la défense en tant que contrôleur des droits de l'accusé. Le conseil doit accomplir ses devoirs avec diligence, non seulement pour protéger l'accusé mais également pour se protéger soi-même de toute conséquence qui pourraient dériver de sa conduite. En effet, le manque de diligence et de prudence d'un conseil est susceptible de retomber directement sur le conseil pour se réfléchir enfin sur l'accusé.

Les obligations professionnelles du conseil sont nombreuses et sont dues aussi bien à l'accusé qu'à la Cour, dans la mesure où il doit agir « ... *promptement de manière à éviter des frais inutiles ou à éviter de retarder la conduite des débats* »¹⁴¹², puisque le délai raisonnable pour le déroulement des débats est établi dans l'intérêt de l'accusé et de la justice tout court. Une autre obligation déontologique du conseil est de veiller à la préservation de l'intégrité des éléments de preuve destinés à la Cour¹⁴¹³, à laquelle il peut éventuellement demander de recueillir tout élément de preuve pertinent et nécessaire pour la préparation de la défense¹⁴¹⁴. Le choix de la stratégie de défense adoptée par le conseil doit trouver le consentement de l'accusé et doit toujours être orientée dans le sens de la protection des intérêts de celui-ci, même quand il est affecté d'un handicap mental ou quand d'autres raisons ont altéré sa faculté de prendre des décisions. Dans ces cas, le conseil en informe le Greffe et la Chambre¹⁴¹⁵, à savoir des organes impartiales chargés d'assurer le respect des droits de l'accusé et de l'éthique professionnelle du conseil.

2. Les devoirs du conseil

La compétence juridique, la confidentialité et la conformité du comportement professionnel du conseil au Statut et à la législation de la Cour prouvent sa capacité d'accomplir son mandat selon la meilleure défense des droits de l'accusé¹⁴¹⁶(a) et la diligence la plus rigoureuse (b).

a. Le devoir de confidentialité

¹⁴¹² C.P.I., art. 24 C.C.P.C.

¹⁴¹³ En matière de préservation et de gestion des éléments de preuve voy. la jurisprudence de la Cour, I.C.C., *Situation in the Democratic Republic of the Congo. In the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Practices of Witness Familiarisation and Witness Proofing, ICC-01/04-01/06, 8 November 2006, § 12, où la Chambre a élucidé la manière la plus appropriée pour la préparation des témoins avant le témoignage, en établissant les limites légales de l'expression « proofing of a witness ».

¹⁴¹⁴ *Ibid.*, art. 25 C.C.P.C.

¹⁴¹⁵ *Ibid.*, art. 9 C.C.P.C.

¹⁴¹⁶ *Ibid.*, art. 7 C.C.P.C.

Pour garantir une défense adéquate, l'art. 8 du C.C.P.C. impose au conseil d'abord le respect du secret professionnel et de la confidentialité des informations. Pour ne pas porter préjudice aux intérêts du justiciable assisté par lui, le conseil est tenu de ne pas divulguer les renseignements confidentiels que son mandat lui a permis d'apprendre et à s'assurer que le procès soit public, à l'exception du cas où, pour protéger les renseignements confidentiels, la Chambre ordonne le huis clos¹⁴¹⁷. Dans le respect de la confidentialité, la conduite du conseil doit toujours tenir compte de l'intérêt de l'accusé pour que sa cause soit entendue publiquement, de façon impartiale, en s'assurant que l'accusé dispose, en pleine égalité, du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense. Dans les mêmes conditions de confidentialité, l'accusé jouit du droit de communiquer librement avec son conseil, qui est lui-même obligé de faire respecter ladite garantie¹⁴¹⁸. Le conseil doit également accomplir son mandat en respectant la confidentialité des renseignements touchant à la sécurité nationale¹⁴¹⁹ et toute mesure de protection des victimes et des témoins¹⁴²⁰; en même temps, il doit veiller scrupuleusement à ce que l'adoption de ces mesures ne résulte « ... *ni préjudiciable ni contraire aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial* »¹⁴²¹.

Le respect du secret professionnel et de la confidentialité doivent également être considérés dans le cadre du devoir du conseil de faire respecter l'équité du procès au cas d'examen à huis clos sur la pertinence et admissibilité de certains éléments de preuve¹⁴²². L'importance de la confidentialité et du secret professionnel est également soulignée par la discipline contenue dans la règle 73 du R.P.P., où cette obligation est prévue et règlementée conformément au droit de l'accusé de communiquer librement et confidentiellement avec le conseil de son choix et de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense¹⁴²³. Dans quelques cas, la divulgation est permise sous consentement de l'intéressé. Enfin, lorsque la Chambre entend le Procureur ex parte en matière de confidentialité de certains renseignements ou éléments de preuve à charge, le conseil doit, dans l'intérêt de l'accusé, contrôler que ces éléments de preuve ne soient produits ni à l'audience de confirmation des charges ni au procès¹⁴²⁴. De plus, en pleine égalité avec

¹⁴¹⁷ *Ibid.*, règle 64(6)(c) et (7).

¹⁴¹⁸ *Ibid.*, art. 67(1)(b).

¹⁴¹⁹ *Ibid.*, art. 72 St.

¹⁴²⁰ Cf. la jurisprudence, I.C.C., *Situation in the Democratic Republic of the Congo. In the case of the Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgement on the Prosecutor's appeal against the decision of Pre-trial Chamber I entitled "Decision Establishing General Principles Governing Applications to Restrict Disclosure pursuant to Rule 81(2) and (4) of the Rule of Procedure and Evidence", 13 October 2006, aff. cit.

¹⁴²¹ *Ibid.*, art. 68(3) St.

¹⁴²² *Ibid.*, règle 72.

¹⁴²³ En matière de confidentialité, voy. I.C.C., *Trial Chamber v. Ms Joseph Keta*, Decision of the Disciplinary Board, 18 June 2012, référence: DO/2012/003/MMT/JK, où le conseil a été accusé d'outrage à la Cour.

¹⁴²⁴ *Ibid.*, règle 81(2)(5).

le Procureur, le conseil protège et s'abstient de divulguer tout élément de preuve susceptible de mettre gravement en danger un témoin à décharge ou un membre de sa famille, en les remplaçant par des résumés¹⁴²⁵.

b. Le devoir de diligence

i Agir promptement

La diligence, l'honorabilité et l'indépendance sont demandées au conseil pour exercer ses fonctions. Le conseil, tout comme le Procureur, ne peut subir aucune pression ni conditionnement extérieure susceptible d'influencer son action de sauvegarde des droits de l'accusé. Pour la même raison, il lui est demandé d'agir consciencieusement et promptement afin de ne pas compromettre les droits de son représenté par le biais d'irrégularités et de procrastinations immotivées¹⁴²⁶. La loyauté envers la Cour est évaluée au travers de plusieurs obligations, telles que le devoir d'informer promptement la Cour de toute éventuelle sanction ou procédure disciplinaire au niveau du Barreau national¹⁴²⁷. Devant le T.P.I.Y., un conseil de la défense s'était rendu responsable de manque de diligence pour ne pas avoir contesté promptement devant la Chambre de première instance un juge qui avait dormi pendant la plupart du procès, puisqu'il avait choisi de poser le problème ensuite devant la Chambre d'appel. Le conseil s'était justifié en soutenant qu'il avait soumis la question aux fonctionnaires de la Cour et au Président du Tribunal, en préférant adopter une approche plus diplomatique. La Chambre a enfin jugé le conseil responsable de manque de diligence pour ne pas avoir agi promptement et avoir ainsi permis que l'accusé soit privé d'un procès équitable. En particulier, le conseil aurait dû dénoncer le problème au moment où il s'était vérifié, de manière à permettre sa résolution. Nous considérons que, dans ce cas, la décision de la Chambre est partageable limitativement à la censure générale, mais pas en ce qui concerne les arguments adoptés, dans la mesure où ils portent sur des appréciations concernant les qualités professionnelles et, dans une certaine mesure, caractérielles du conseil, qui n'aurait pas fait preuve de l'expérience nécessaire pour avoir acquis un style « robuste ». Bref, le conseil n'aurait été pas à

¹⁴²⁵ *Ibid.*, règle 81(6).

¹⁴²⁶ *Ibid.*, art. 5 et art. 6 C.C.P.C.

¹⁴²⁷ I.C.C., *Case of the Registrar v. Mr. Hervé Diakiese*, Decision of the Disciplinary Board, 29 July 2010, Reference : DO-01-2010, où la procédure visait à sanctionner le conseil pour ne pas avoir communiqué promptement au Greffe sa suspension auprès du Barreau national ; I.C.C., *Situation in the Central African republic. In the case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decision on « Defence Motion on Privileged Communications », 3 June 2014, ICC-01/05-01/08, aff. cit. En revanche, en matière de violation de l'art. 28 du C.C.P.C., voy. *Mr Nicholas Kaufman v. Emmanuel Altit*, Decision of the Disciplinary Board, 11 July 2013, Reference : DO/2013/04/DB-EA-decision, où le conseil accusait l'ancien conseil d'avoir rendu visite à son représenté sans l'avoir préalablement informé. Le Comité a ici nié toute violation du C.C.P.C., établissant que la rencontre entre les deux n'avait pas de nature professionnelle et ne visait pas à obtenir des informations réservées.

la hauteur de gérer la situation et par conséquent, de représenter dûment son assisté. Il va de soi que lesdits arguments discréditent le conseil face à l'accusé.

« *The Appeals Chamber does not agree. Such an approach fails to recognise that raising the issue before the Trial Chamber is indispensable to the grant of fair and appropriate relief. Moreover, it clearly could be anticipated that, by taking her complaint to the President, it would necessarily be made known to Judge Karibi-Whyte. The issue was, indeed, made known to him. The “highest traditions of the Bar” require counsel to be considerably more robust on behalf of their client in such circumstances as these than counsel for Landžo was in this case. Co-counsel for Landžo on the appeal referred – for a somewhat different purpose – to his need in the present case to make his submissions on this and other grounds of appeal “in a somewhat more direct manner to the court – respectful, but direct”, which he proceeded to do in a robust, but entirely appropriate, manner. Any counsel of experience will have had the embarrassing duty at some stage of his or her career of saying something unpleasant to a judge. Counsel for Landžo herself did not flinch from making very serious (although completely baseless) allegations of impropriety against the Appeal Chamber concerning the compilation of the Extracts Tapes in a filing prior to the hearing of the appeal*”¹⁴²⁸.

ii. Agir prudemment

Mais l'observance d'une conduite professionnelle irrépréhensible demeure essentielle aussi bien dans l'intérêt de l'accusé que du conseil lui-même. Un cas emblématique où le devoir de diligence du conseil a été mis en cause s'est vérifié au sein du T.P.I.R., plus particulièrement il s'agit de l'incident survenu au Professeur Peter Erlinder, poursuivi par la justice rwandaise pour une accusation de négationnisme du génocide du 1994¹⁴²⁹. Dans ce cas le conseil semble avoir dépassé les limites inhérentes à son rôle d'avocat au cours d'une conférence réservée aux conseils du T.P.I.R., tenue à Bruxelles quelques jours avant son arrestation. Dans cette conférence il parlait du génocide en qualité de professeur d'histoire auprès de l'*International Humanitarian Law Institute* du Minnesota, mais également en tant que conseil de la chef de l'opposition rwandaise, Mme Victoire Ingabire, à l'époque en pleine campagne pour les élections présidentielles visant à destituer le Président en charge.

¹⁴²⁸T.P.I.Y., *Le Procureur v. Delalić et al.*, Judgement of the Appeals Chamber, 20 February 2001, IT-96-21-A, paras 214-226, 642, 644-645.

¹⁴²⁹ Le conseil a été arrêté, en 2010, à Kigali, où il s'était rendu dans le cadre des investigations liées à l'affaire dont il s'occupait en tant que conseil de la défense d'une personne accusée devant le T.P.I.R. ; seul suite à une mobilisation internationale, le conseil a enfin été remis en liberté, formellement pour des raisons de santé.

Selon notre point de vue, l'exercice des fonctions liées à la défense n'est pas illimité et doit être respectueux de la différence entre ce que représente l'expression d'une stratégie de la défense officielle, destinée à être adressée exclusivement aux juges compétents, selon la procédure établie et dans des contextes de temps et de lieu établis par la loi – notamment au prétoire - et ce qui, au contraire, est la simple expression d'idées personnelles, même en tant qu'historien : cela vaut surtout si ces idées sont liées à une reconstruction dissidente aussi bien historique que politique des faits - par rapport à la reconstruction officiellement acceptée - et destinée à une divulgation scientifique au niveau académique ou, et ceci est l'hypothèse la plus épineuse, destinée à l'opinion publique par l'instrument médiatique, avec des effets politiques inévitables, surtout lorsque la politique est mise en cause. Ce dernier cas est évidemment le plus délicat sous plusieurs aspects, comme celui de la possible configuration du crime de négationnisme ou de la possible responsabilité pour une infraction de l'éthique professionnelle, surtout lorsque le procès est encore en cours¹⁴³⁰.

En avril 2011, la Chambre d'Appel du T.P.I.R. a déchargé Maître Erlinder de son mandat¹⁴³¹, car, après son arrestation au Rwanda, maître Erlinder n'était plus retourné en Afrique pour prendre part aux audiences devant le T.P.I.R., dont le siège est à Arusha, en Tanzanie¹⁴³². En réalité, le choix du Professeur Erlinder de ne pas se rendre auprès du T.P.I.R. aurait été la conséquence des préoccupations pour sa vie risquant d'être arrêté une nouvelle fois et jugé dans le cadre de la procédure rwandaise contre lui. La Chambre, en rejetant la requête de l'accusé Ntabakuze qui demandait de permettre à son conseil de participer aux audiences par vidéoconférence, a motivé sa décision condamnant la conduite du conseil, qui, niant de fait à l'accusé d'être représenté par un défenseur de son choix, « *amounts to a failure to act diligently and in good faith and does not demonstrate the highest standards of professional conduct* »¹⁴³³. Il faut rappeler que plusieurs questions de procédure avaient pesé sur le procès après l'arrestation du conseil sur le territoire rwandais, questions sur lesquelles le Tribunal s'était déjà prononcé. Il est évident que la décision de la Chambre d'Appel se fondait sur la nécessité d'assurer un déroulement régulier du procès encore

¹⁴³⁰ L'auteur du présent travail a soutenu la remise en liberté de maître Erlinder, en signant une pétition visant à sa libération, tout en restant en désaccord avec le choix de donner une lecture politique à une affaire qui aurait dû rester éminemment judiciaire. Pour un commentaire des faits voy. www.guardian.co.uk (consulté le 3 July 2010).

¹⁴³¹ Comme conseil du Majeur Aloys Ntabakuze, condamné par le Tribunal le 18 décembre 2010 pour les crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, T.P.I.R., *Le Procureur v. Aloys Ntabakuze*, affaire n° ICTR-97-30.

¹⁴³² Pour ne pas priver l'accusé d'un conseil, la Chambre avait donc chargé le Greffier de commettre à l'accusé un conseil d'office aussi tôt que possible. L'avocat avait motivée son absence par la précarité de ses conditions de santé, les mêmes problèmes qui lui avaient permis – même si beaucoup de pressions internationales avaient produit leur effet - d'être remis en liberté par les autorités rwandaises, en mai 2010.

¹⁴³³ « Lawyer barred from the Rwanda genocide Tribunal », RNW-Radio Netherlands Worldwide, 28 April 2011.

en cours, de respecter les règles du procès équitable, mais surtout de protéger les droits de l'accusé, en premier lieu le droit à être effectivement - et pas seulement formellement - représenté par un conseil de propre choix.

Un cas analogue d'incrimination et d'arrestation d'un conseil s'est vérifié en Lybie, lorsque l'un des conseils du B.C.P.D., qui avait été désigné dans l'intérêt de Seif Al-Islam Kadhafi et qui s'était rendu en Lybie accompagné par une délégation de quatre fonctionnaires de la Cour pour rencontrer le suspect, a été arrêté par les autorités libyennes à Zenten, au sud-ouest de Tripoli, car soupçonné d'avoir tenté de transmettre au fils de l'ancien colonel Muammar Kadhafi des documents – mais dont la nature n'avait pas été précisée - qui représentaient un danger pour la sécurité nationale de la Lybie¹⁴³⁴. Libéré grâce à des pressions internationales et à l'engagement de la Cour, l'épisode de l'arrestation d'un conseil de la défense démontre encore une fois que la disparité traditionnelle ne relève pas uniquement d'un point de vue formel, ayant des reflets importants sur le plan pratique puisqu'elle conditionne et limite fortement l'efficacité et la sécurité de la défense.

A. L'indissolubilité du lien entre l'éthique et la justice

L'éthique professionnelle conditionne donc les exigences de la justice et les intérêts de l'accusé, mais l'éthique professionnelle est-elle synonyme de déontologie professionnelle ? Le C.C.P.C. de la C.P.I. parle plutôt de déontologie, mais la différence entre les deux notions n'est pas un problème simplement terminologique, dans la mesure où il implique une analyse plus poussée de la question (1), sur laquelle pèse le manque d'un organe représentatif des conseils qui soit officiellement reconnu par la Cour, avec la fonction naturelle de vérifier le respect de la déontologie du conseil devant la C.P.I. ; en effet, il manque un organe soit interne soit extérieur à la Cour avec la fonction de réunir tous les conseils de la Cour et poursuivre le but principal de garantir le respect de l'éthique professionnelle (2).

1. La déontologie de la défense

¹⁴³⁴ Saif Al-Islam été visé par un mandat d'arrêt de la C.P.I. pour crimes contre l'humanité commis, à partir du 15 février 2011, pendant la répression de la révolte populaire, ensuite transformée en guerre civile, qui a provoqué la chute de la dictature de Muammar Kadhafi. Actuellement, des investigations du Procureur de la Cour sont en cours en ce qui concerne la situation en Lybie ; voy. *Le Monde*, 19 Juin 2012, en ligne www.lemonde.fr (consulté le 26 mars 2013).

Pour les sages du passé - si l'on pense à Socrate ou Aristote et ensuite à Machiavel - le concept de justice n'était pas séparé de celui d'éthique. Une lecture pareille, qui a accompagné l'aube de la civilisation, pourrait faire penser aux deux notions comme à un oxymore et, dans la même mesure, les deux concepts d'éthique et de déontologie peuvent sembler une tautologie. En réalité, l'éthique, qui est la conformité du comportement individuel aux normes sociales partagées, s'éloigne du concept de justice, cette dernière étant la conformité du comportement individuel aux prescriptions légales imposées. Mais, l'éthique se distingue également de la notion de déontologie, cette dernière exprimant la conformité du comportement individuel aux normes professionnelles de type spécialisé. La déontologie qui nous intéresse est la conformité de l'opérateur du droit, qui représente l'individu accusé, aux règles du code de conduite professionnelle. Selon ladite perspective, la notion de déontologie n'est donc pas un pléonasme par rapport à celle d'éthique. Bien qu'elles soient souvent indiquées comme synonymes dans le cadre de nombreux codes de conduite professionnelle, les deux notions n'expriment que le conflit entre deux intérêts parfois légitimes et d'autres fois opposés : d'une part, il y a l'intérêt éthique-social, représenté par une administration régulière de la justice, en tant qu'expression de la juste considération due au respect de la communauté sociale, et d'autre part, l'intérêt individuel de la personne représentée, à être poursuivie dans le respect des règles de la procédure, notamment les règles protégeant les droits de la défense et le procès équitable. Dans ce dernier cas, on peut parler d'apologétique de l'intérêt individuel de l'accusé.

Or, la liberté, l'impartialité et l'intégrité du conseil, qui sont des qualités intrinsèques à l'exercice de la fonction de la défense, devraient justement se situer à la croisée entre les deux concepts de l'éthique et de la déontologie, mais cela pourrait créer un conflit professionnel en ce qui concerne le devoir déontologique qui oblige la défense à adhérer aux exigences individuelles de l'accusé plutôt qu'aux exigences de la collectivité. La question devient encore plus complexe lorsque l'intérêt du défenseur de protéger l'accusé heurte l'intérêt de se protéger soi-même des conséquences d'un comportement professionnel, considéré légalement ou éthiquement reprochable, étant retenu socialement nuisible. En outre, il est parfois possible d'envisager un degré différent de protection entre les droits de l'accusé et les droits du conseil. A cet égard, le paragraphe 2 de l'art. 40 du C.D.P.C. reconnaît au conseil mis en cause pour une infraction disciplinaire le droit de garder le silence, mais le Comité de discipline a le pouvoir de tirer de ce silence ses conclusions sur la responsabilité du conseil, alors que le droit de l'accusé au silence ne devrait jamais être « ... pris en considération pour déterminer sa culpabilité ou son innocence »¹⁴³⁵. Dans ce dernier cas, la

¹⁴³⁵ C.P.I., art. 67(1)(g).

protection des droits de l'accusé est plus renforcée que celle offerte au conseil faisant l'objet d'une procédure disciplinaire.

Or, le nœud du problème est d'harmoniser la défense avec le respect de la déontologie et de l'éthique professionnelle. En effet, le problème concerne le domaine des droits de l'accusé, dans la mesure où il ne suffit pas d'appliquer tout simplement les droits de l'accusé : il est important de choisir l'instrument juridique le plus approprié pour faire valoir les droits, le moment le plus favorable, la manière de le faire, selon la conscience du conseil et non exclusivement selon les connaissances techniques du conseil ou les souhaits de l'accusé¹⁴³⁶. Le bon sens dont le conseil doit faire preuve équivaut à la ratio qu'il faut rechercher dans ses choix et à l'*equitas* – le terme *équité* comparait souvent dans le C.C.P.C. – qui, appliquée par lui, équivaut à la justice. Or, une utilisation inappropriée des règles de la procédure, une stratégie audacieuse ou une prudence excessive plus proche de l'inertie, comme dans l'affaire Landžo sont susceptibles de nuire à l'accusé et, en même temps, de provoquer un dommage social. Dans certains cas, le juge peut considérer qu'une certaine revendication des droits de la défense trouble le cours régulier de la justice et les intérêts de la société, souvent mis en cause en matière de publicité. Dans les deux cas, il s'agit d'un service mal rendu à l'accusé et à la justice, à la société ; de même le comportement du conseil pourra également faire l'objet de censure au cours du procès et avoir des conséquences néfastes sur l'accusé. Dans le cadre de la justice pénale internationale, l'intérêt social est concurrent à l'intérêt de l'accusé et équivaut à l'intérêt de la communauté internationale. On se retrouve donc face à un balancement d'intérêts parfois en conflit: l'intérêt du conseil, celui de la justice pénale internationale et l'intérêt primordial de l'accusé, comme l'a démontré la conclusion de l'affaire Erlinder. D'ailleurs, le rôle de l'avocat pénaliste ne se limite pas à faire respecter les droits de la défense, il n'est pas un simple technicien, puisqu'il a une indéniable fonction sociale de garant de l'équilibre démocratique d'une société, étant appelé à vigiler sur le respect de la légalité. L'avocat pénaliste et internationaliste visent l'équilibre de la société internationale.

2. Un Barreau des conseils de la Cour, rêve ou cauchemar ?

Le problème de l'absence d'un organe officiel représentatif des conseils de la C.P.I. s'est présenté à plusieurs reprises au cours des années **(a)**. Les raisons de la difficulté de cette création résident dans le désintérêt et peut être, la méfiance des professionnels concernés envers un organisme supérieur rassemblant des intérêts particuliers **(b)**.

¹⁴³⁶ Sur le sujet, voy. A.-C. SIMOES DE SILVA, "L'organisation de la défense devant les juridictions pénales internationales", in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *Droit international pénal, op. cit.*, pp. 900-902.

a. La défense absente

i. La représentation unitaire des conseils

Selon P. Currat, « devant la Cour, la défense n'existe pas ! ». A côté du siège et de l'accusation, il n'existe pas de « troisième pilier » structurel de la justice pénale internationale, celui qui est indispensable pour garantir au procès son équilibre¹⁴³⁷. En particulier, le juriste fait référence à l'absence d'un bureau officiel de la défense parmi les organes de la Cour, une absence qui reflète le problème de l'absence d'un vrai organisme unitaire représentatif des conseils, capable de réunir les professionnels admis à plaider devant la C.P.I.¹⁴³⁸. L'organe serait chargé de régler des questions qui maintenant sont confiées au Greffe, telles que le libre choix du conseil, la rémunération ou le contrôle de ses qualifications professionnelles et le respect de la déontologie. Par exemple, en matière de moyens financiers et de rémunération du conseil, puisque la compétence est du Greffe, le risque est que l'organe ne soit pas capable de mesurer exactement l'intensité de l'engagement et la difficulté du dossier, d'autant plus que pour effectuer cette évaluation le Greffier doit avoir accès au dossier, avec des conséquences sur l'obligation de la confidentialité professionnelle.

Le problème de la présence d'un organisme des conseils de la Cour est directement proportionnel à l'autonomie d'un tel organisme, puisque, dans les systèmes nationaux, la crédibilité des Barreaux des avocats s'enracine sur l'autonomie et l'indépendance. Selon nous, la difficulté de créer, au sein de la C.P.I., un barreau analogue aux ordres nationaux ou de transformer l'une des associations professionnelles déjà existantes en un Barreau de la C.P.I. réside peut-être dans la difficulté de garantir une vraie indépendance et une capacité authentique de représenter les intérêts de la catégorie toute entière, avec de véritables effets pratiques. En effet, l'importance d'un organisme pareil n'est pas limitée à la question de la parité institutionnelle, puisque cette reconnaissance formelle implique une attribution de droits et prérogatives propre à la défense et une représentativité stable. L'organisme professionnel serait en mesure d'intervenir immédiatement toutes les fois que la violation des droits de la défense l'impose. En outre, une représentation unitaire de la défense aurait la possibilité de proposer et modifier les règles procédurale et de s'opposer au pouvoir d'initiative exclusive propre aux organes officiels de la Cour. De même, un tel organisme aurait le pouvoir de s'opposer à l'application immédiate des amendements au R.P.P.

¹⁴³⁷ P. CURRAT, « L'organisation de la défense », in J. Fernandez/J. Pacreau, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article, op. cit.*, pp. 242-243.

¹⁴³⁸ E. GROULX-DIGGS, "Proposition pour la création d'un bureau indépendant de la défense", 21 juin 1998, <http://www.hri.ca/partners/aiad-icdaa>.

et donc d'écartier tout préjudice aux droits de l'accusé. En revanche, la participation de la défense demeure informelle et indirecte, étant confiée aux groupes représentatifs de la catégorie par le biais des délégations présentes aux seins des Etats Parties ou aux associations de professionnels, qui doivent toutefois démontrer une adhésion importante des conseils admis à la Cour et doivent exercer une pression et une impulsion positive dans leur activité de dialogue avec la Cour, qui est représentée par le Greffe.

A la différence du T.P.I.Y., la Cour n'impose pas au conseil d'être membre d'une association rassemblant tous les conseils autorisés à plaider devant la C.P.I., qui soit formellement reconnue par le Greffe mais qui, en même temps, soit indépendante par rapport à la juridiction. L'A.D.C.-I.C.T.Y. (Association of Defence Counsel practising before the I.C.T.Y.) est une association indépendante et externe au T.P.I.Y., mais liée à ce dernier par le fait de représenter exclusivement les intérêts des conseils habilités à plaider devant le T.P.I.Y.. Le lien entre l'A.D.C.-I.C.T.Y. et le T.P.I.Y. est démontré par le fait que la désignation d'un conseil ne peut s'accomplir valablement sans l'inscription préalable à l'association, qui oblige le conseil à se conformer aux règles et aux critères de compétence établies par celle-ci¹⁴³⁹. Une initiative similaire a concerné le T.P.I.R., mais l'association n'a pas acquis le même caractère, étant plutôt engagée dans l'organisation de conférences en matière de défense devant le T.P.I.R. et de justice pénale internationale. En effet, l'inscription du conseil et sa successive appartenance à l'association ne sont pas des conditions pour plaider devant le T.P.I.R.¹⁴⁴⁰. Le Bureau de la défense du T.S.S.L. et du T.S.L. est défini le « quatrième pilier » au sein des Tribunaux, même si celui du T.S.S.L. est strictement liée au Greffe et n'a pas les mêmes ressources financières, alors que le deuxième est totalement indépendant¹⁴⁴¹. Quant à la C.P.I., il est demandé uniquement l'admission sur la Liste des conseils de la Cour, qui est néanmoins une garantie de compétence et d'indépendance, au point que, lorsque l'accusé désigne un conseil privé ne figurant pas sur ladite liste, le conseil doit donner les mêmes garanties d'attitude que les conseils figurant sur liste. Par rapport aux autres juridictions, l'expérience du T.P.I.Y. donne un premier exemple de présence effective et officiellement reconnue de la défense au sein de la juridiction.

¹⁴³⁹ L'A.D.C.-I.C.T.Y. (Association Defence Counsel of the I.C.T.Y.) est liée au Tribunal tout en conservant son indépendance et jusqu'à présent, il s'agit de la seule association professionnelle internationale reconnue par une instance pénale internationale et dont l'appartenance est demandée au conseil afin de pouvoir plaider devant cette instance. A cet égard, voy. le Rapport du Groupe d'experts chargé d'évaluer le fonctionnement des Tribunaux *ad hoc* où l'appartenance à une association reconnue par le Greffe est demandé à tout conseil exerçant devant le Tribunal, doc. Off. NU AG A/54/634 (22 nov. 1999), par. 210 ; pour toute illustration sur l'organisation et les finalités de l'association voy. le site officiel de l'A.D.C.-I.C.T.Y., www.adc-icty.org.

¹⁴⁴⁰ pour une consultation voy. www.adadict.org.

¹⁴⁴¹ A.-C. SIMOES DE SILVA, "L'organisation de la défense devant les juridictions pénales internationales", in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *Droit international pénal*, *op. cit.*, pp. 904-906.

ii. L'incapacité des associations professionnelles

Dès le début de l'activité de la Cour, la nécessité d'instituer un Barreau réunissant tous les conseils de la C.P.I. et chargé de résoudre toute question des conseils habilités à plaider devant la Cour a fait l'objet de discussions au sein des Assemblées des Etats Parties. Déjà dans les années 1995, aux cours des travaux préparatoires du Statut de Rome, la création d'un Barreau assurant une représentation bien organisée avait été soulevée sans succès et a continué avec les mêmes hésitations. Au cours des années, un nombre considérable d'associations, parmi lesquelles le B.P.I. (Barreau pénal international), s'est offert d'assumer ce rôle exclusif, sans toutefois rejoindre son but¹⁴⁴². Suite à cet échec, c'est le Greffe qui a la tâche d'assurer l'effectivité de la défense et le maintien des standards élevés dans l'exercice de la profession des conseils, vu toutes les perplexité liée aux garanties d'indépendance des conseils par rapport à un organe de la Cour¹⁴⁴³. Il incombe au Greffe l'obligation de prendre l'avis et de collaborer avec les associations d'avocats et d'organiser des séminaires périodiques « aux fins de la tenue de discussions approfondies sur le rôle des avocats devant la Cour »¹⁴⁴⁴.

Il faut néanmoins considérer que la Cour est une instance créée par volonté des Etats et que par conséquent, pour la création d'une association des conseils il serait opportun d'obtenir une large participation de plusieurs pays, ce qui éviterait la « domination » de certaines nations sur ce sujet. Or, les Barreaux nationaux n'ont pas ce pouvoir et surtout ils n'ont pas la même importance dans tous les systèmes juridiques – dans certains pays il sont des associations privées représentant la catégorie professionnelle alors que dans d'autres pays ils sont des organes de nature publique -. En outre, un double risque est toujours présent dans la création d'un tel organe extérieur: celui de créer un organisme susceptible d'acquérir le monopole en matière de défense, sans possibilité d'un contrôle de la part d'autres organismes extérieurs. Premièrement, la compétence exclusive comprendra les critères de sélection des conseils, avec le risque d'arbitraire en manque de contrôle ; deuxièmement, une politisation excessive de l'organisme serait toujours présente du fait de la difficulté de résister à la tentation de poursuivre des intérêts particuliers. Il est évident que des conditionnements similaires risquent d'affecter l'indépendance de la défense. De plus, un risque ultérieur s'avère possible, celui que les conseils de certaines nationalités continuent à être

¹⁴⁴² Association Internationale de Droit Pénal, *Draft principles on the independence of the judiciary and on the independence of the legal profession : prepared by a committee of experts at the International Institute of Higher Studies in Criminal Sciences* (Erès, 1982); S. BARACHE, « L'organisation de la défense », in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *Droit international pénal*, Editions A. Pedone, Paris, 2000, p. 787-790.

¹⁴⁴³ C.P.I., règle 20.

¹⁴⁴⁴ *Ibid.*, normes 120 et 121(1) R.G.

surreprésentés au sein de la Cour, en dépit du critère de la répartition géographique nécessaire pour maintenir le juste équilibre entre les principaux systèmes juridiques du monde¹⁴⁴⁵.

La discrimination de genre est également un aspect à considérer en matière de défense. A cet égard, une campagne de sensibilisation a été engagée au cours du Séminaire de la Cour, qui s'est tenu à La Haye en 2011, afin de promouvoir une majeure participation des femmes avocates, surtout africaines¹⁴⁴⁶. En matière de genre, il faut ajouter que la création d'un Barreau d'inspiration nationale risquerait de marginaliser encore un fois les femmes, puisque la catégorie des avocats, surtout pénalistes, est encore considérée dans plusieurs systèmes nationaux un domaine réservé aux hommes, ce qui est démontré par la présence encore trop rare des femmes au sein des organismes directifs par rapport aux représentants hommes. Le même logique n'appartient pas au milieu légal international, incompatible culturellement avec certaines sociétés trop ancrées à traditions ataviques. En outre, un dernier risque concerne les critères de sélection des conseils de la Cour qui pourrait être affaiblis ou devenir trop discrétionnaires - voire complètement arbitraires - dans les mains de groupes restreints, ce qui rendrait plus difficile, élitaire ou presque impossible l'accès à la Cour de la part des professionnels ne faisant partie d'aucun lobby, d'autant plus que la sélection ne serait pas forcément une garantie de qualité des conseils admis¹⁴⁴⁷. De plus, certains systèmes nationaux donnent aux Barreaux un pouvoir excessif et presque absolu, ce qui a induit des pays à abolir ces institutions et à « démocratiser » l'accès à une profession libérale par tradition plutôt élitiste.

iii. La protection de l'indépendance de la défense

Pour toutes les raisons énoncées, nous en concluons que l'indépendance de la défense doit toujours être protégée de toute interférence de la part d'organismes créés et gérés de l'extérieur de la Cour, car il faut considérer l'intérêt de certains groupes de pouvoir ou de pays plus puissants à être présents au sein de la Cour, surtout ceux liés au passé colonial des pays faisant l'objet des enquêtes de la Cour et/ou ayant eu des rapports d'influence et d'affaire et/ou ayant adopté une politique de complaisance avec les régimes dont les leaders politiques et militaires font l'objet de poursuites de la part de la C.P.I.. Des situations pareilles seraient donc susceptibles de créer des conflits d'intérêt entre la Cour et un Barreau officiel avec une seule matrice nationale prédominante.

¹⁴⁴⁵ *Ibid.*, norme 142 R.G..

¹⁴⁴⁶ Il s'agissait de la campagne de sensibilisation appelée « Calling African Female Lawyers ».

¹⁴⁴⁷ A ce propos, un exemple emblématique a été la surreprésentation des conseils de nationalité canadienne et française au sein du T.P.I.R.. Cette situation avait provoqué, en 1998, un moratoire de la part du Greffe qui, à l'occasion de la commission d'un conseil d'office pour l'accusé *Akayesu*, affaire n° ICTR-96-4, avait refusé de nommer un avocat canadien. Toutefois, en date du 30 juillet 1999, la Chambre d'appel refusa d'entériner cette décision.

D'ailleurs, la frénésie palpable de la part de plusieurs associations professionnelles concurrentes pour acquérir un rôle si prestigieux et exclusif donne la mesure de l'intérêt à cet égard, qui fait négliger tous les problèmes réels concernant l'autorégulation, l'autonomie financière, la déontologie et la garantie de qualité professionnelle de la défense.

Enfin, l'absence d'un Barreau officiel, d'un bureau ou d'un organisme de la défense intérieur à la Cour alimente le débat et les efforts se modifient sur la création d'un Barreau des conseils de la C.P.I., qui selon la doctrine serait la solution « idéale » pour réaffirmer l'indépendance de la profession surtout par rapport au pouvoir de contrôle du Greffe en matière de défense¹⁴⁴⁸. Plusieurs tentatives de le créer ex novo ou au sein des associations internationales d'avocats déjà existantes ont échouées, malgré l'engagement très fort à « gagner » la paternité de cette création. Mais, l'éthique n'est pas disjoint de l'indépendance. Puisque le substrat des droits de l'accusé réside dans l'indépendance de la défense, la présence des risques énoncés explique et – peut-être - justifie, selon nous, l'absence d'un organisme pareil au sein de la C.P.I., d'autant plus que les conflits, les désapprobations et le mécontentement général a empêché, jusqu'à présent la concrétisation de ce projet. Le manque d'un Barreau des conseils de la C.P.I. se reflète donc sur l'éthique et sur la déontologie des conseils, puisque le Barreau est par tradition l'organe chargé de vérifier l'attitude du conseil par rapport à sa fonction professionnelle et le premier pouvoir d'un Barreau serait celui d'effectuer un contrôle direct sur le respect des obligations déontologiques du conseil, ce qui maintenant revient aux juges, au Comité de discipline et enfin au Comité disciplinaire d'appel¹⁴⁴⁹.

Pour toute infraction possible à ses obligations professionnelles, cela tombe sur la compétence d'une commission de discipline intérieure à la Cour, dont font partie des professionnels parmi ceux admis sur la liste des conseils de la C.P.I.. Un Barreau extérieur, mais officiellement reconnu par la Cour aurait le rôle préventif de vérification des compétences et de l'attitude éthique, et non uniquement une fonction répressive, puisque le contrôle sur l'éthique et la déontologie du conseil doit être confié à un organe vraiment indépendant¹⁴⁵⁰. A cet égard, la pratique des T.P.I. s'est avérée lacunaire en ce qui concerne le pouvoir de sanctionner, puisque toute fonction était confiée aux juges¹⁴⁵¹. Devant la Cour, la sanction est double puisqu'elle est confiée aux juges, et à

¹⁴⁴⁸ S. BARACHE, « L'organisation de la défense », in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *ibid.*

¹⁴⁴⁹ Elu le 8 décembre 2006 par les conseils inscrits sur la Liste des conseils de la Cour, le Comité de discipline se compose de 2 membres et 1 suppléant, tout comme le Comité disciplinaire d'appel.

¹⁴⁵⁰ Sur l'indépendance de la défense combinée avec l'inégalité avec l'accusation, voy. E. GROULX-DIGGS, *Equality of Arms: Challenges confronting the Legal Profession in the emerging International Criminal Justice System*, in *R.Q.D.I.*, Hors-série 2010 – association internationale des avocats de la défense (A.I.A.D.), pp. 21 ss.

¹⁴⁵¹ Il y a des manquements déontologiques, comme la communication d'information protégées, l'intimidation, le conditionnement des témoins ou l'outrage à la Cour, qui sont tellement graves que le conseil peut être soumis à une

l'Ordre d'appartenance, qui est ensuite informé de l'infraction. S'il s'agit d'un conseil commis d'office, le Greffe pourra lui retirer tout bénéfice et le Barreau national pourra adopter l'une des sanction prévues, comme la suspension de l'exercice ou, pour les cas les plus graves, la radiation.

b. La défense présente : le Comité chargé de la révision juridique des textes ou du rôle normatif de la défense

En ce qui concerne le processus normatif auprès de l'Assemblée des Etats Parties, il faut regretter un déficit de participation de la défense. Toutefois, il y a un organe interne à la Cour, avec une fonction propulsive en matière normative, qui permet la participation obligatoire d'un représentant de la défense dans ledit processus, il s'agit du Comité chargé de la révision normative des textes. Créé par la Cour, il se compose de trois juges, un représentant du Bureau du Procureur, un représentant du Greffe et un représentant des conseils. Le Comité a la tâche principale de renseigner les juges sur les amendements à apporter à la réglementation de la Cour, renseigner le Procureur sur les propositions d'amendements et de signaler à la Cour toute autre question pertinente, notamment en matière de coopération avec les O.N.G. et les Etats non Parties, selon un esprit de démocratisation et promotion des organismes internationaux à participer au fonctionnement de la Cour. L'importance de la participation de la défense dans un organisme de la Cour avec un rôle consultatif rend le Comité un lieu de débat pour la défense, qui gagne une place en matière de réglementation juridique de la Cour. Grâce à sa présence dans cet organe, le rôle propulsif des conseils ne se limite pas à la procédure, mais comprend également la loi, à savoir les normes du Statut, dans la mesure où des modifications peuvent être sollicitées aux Etats Parties, d'autant plus que le Comité peut s'exprimer sur le droit matériel à l'égard d'un texte fondamental, tel que les Eléments des crimes. Toutefois, les modifications au Statut ne peuvent pas être adressées aux Etats Parties directement par le Comité, mais seulement par le truchement des organes officiels de la Cour¹⁴⁵². De cette manière indirecte, la défense participe au processus normatif de la Cour, alors qu'en 1998, au sein de la Conférence de Rome, elle n'avait aucun rôle législatif.

Mais, le Comité ne représente pas seulement l'opinion de la défense, puisqu'il tient compte également de l'opinion et des intérêts des victimes. En effet, la proposition de modification des textes provient également des représentants des victimes, puisque le balancement des intérêts doit rester équitable. Grâce au Comité, tous les conseils sur la liste de la Cour sont appelés à donner leur

procédure devant la Cour pour atteintes à l'administration de la justice et inconduites, règle 162 à 172 en corrélation avec l'art. 70, tombant sous la compétence supplémentaire de la Cour.

¹⁴⁵² C.P.I., règles 11-12.

avis et propositions sur certaines questions visant au perfectionnement normatif. La participation ample des parties impliquées contribue à la « démocratisation » du Comité dans le mécanisme de fonctionnement de la Cour, puisque le Comité décide par consensus et s'il n'est pas rejoint, la procédure de vote – qui se déroule en confidentialité - sera appliquée, mais toujours dans le respect de l'opinion du représentant des conseils. Toutefois, des critiques ont été soulevées à l'égard du nombre des représentants des conseils, afin qu'il soit élevé à deux au lieu d'un, et afin que les propositions puissent être adressées aux Etats Parties directement par le Comité et non par l'intermédiaire des organes de la Cour, à savoir les juges, le Procureur et le Greffe, puisque parmi ces organes la défense n'est pas représentée ; cela aurait comme effet une progression du processus de démocratisation de la Cour en faveur de la défense.

Section II. Les textes attachés aux organes institutionnels

Les textes normatifs se complètent par les règlements des organes institutionnels intérieurs à la Cour, en particulier des deux organes juridictionnels, la Cour et le Procureur (§ 1) et de l'organe administratif, c'est-à-dire le Greffe (§ 2).

§ 1. Les règlements des organes juridictionnel et judiciaire

Les Règlements de la Cour (R.C.) (A) et le Règlement du Procureur (B) sont les deux documents ancrés aux organes juridictionnels. Ils contribuent, chacun à leur guise, à l'organisation et à l'effectivité des droits de la défense.

A. Le Règlement de la Cour

Le Règlement de la Cour (R.C.) se caractérise par une exclusion évidente de la défense dans le processus normatif, mais ce texte présente une réglementation touchant des aspects cruciaux pour l'accusé, tels que la normative sur la modification juridiques des charges (1) et celle concernant l'aide légale (2).

1. Les normes du R.C.

L'opinion selon laquelle le R. C. règle uniquement le fonctionnement quotidien de la Cour limite beaucoup l'importance de cet instrument juridique¹⁴⁵³, que les Tribunaux ad hoc n'avaient pas prévu¹⁴⁵⁴. Certes, son fonctionnement quotidien concerne des questions pratiques et de procédure, mais le R.C., qui a été formé par les juges et se compose de 126 normes, contient des dispositions qui ont une influence directe sur les droits de la défense. Plusieurs sont donc les normes du R.C. qui concernent l'accusé et ses droits, en premier lieu la norme 55 (a) et les dispositions sur l'aide légale assurée par la Cour par le truchement du Bureau du Conseil Public pour la Défense (B.C.P.D.)¹⁴⁵⁵ (b).

a. Le rôle de la défense dans le processus normatif du R.C.

Le R.C. se compose de « normes », tout comme le Règlement du Greffe dont on parlera par la suite. Aux termes de l'art. 52, les normes du R.C. sont adoptées par les juges à la majorité absolue, après consultation avec le Procureur et le Greffier¹⁴⁵⁶. La défense est donc exclue de la phase de la formulation et de l'adoption des normes du R.C, en raison, selon nous, de la non appartenance de la défense à la structure organique de la C.P.I. ; ce qui pourrait avoir persuadé les Etats Parties, qui maintiennent un droit de veto sur les normes adoptées par les juges, à considérer la défense comme non intéressée au fonctionnement intérieur et à la normative administrative de la Cour. En réalité, les démarches quotidiennes permettant le fonctionnement de cette institution si complexe se réverbèrent sur la régularité des poursuites et du procès, d'autant plus que le R.C. contient des normes qui mettent en cause directement certains droits de l'accusé et qui demandent donc à la défense d'intervenir, pour cela la prescription de la conformité du R.C. au Statut assure la conformité des normes aux standards de garantie de la défense établis par les articles 55 et 67¹⁴⁵⁷.

¹⁴⁵³ Règlement de la Cour, ICC-BD/01-01-04, adopté par les juges de la Cour le 26 mai 2004, cinquième session plénière, La Haye, 17-28 mai 2004.

¹⁴⁵⁴ Sur cet argument voy. H.-J. Behrens/C. Stacker, "Article 52 – regulations of the court", in O. Triffterer (ed), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, op. cit., p. 1053.

¹⁴⁵⁵ En matière d'aide légale, voy. la norme 67 à 85, mais le R.C. consacre également plusieurs normes à la personne détenue auprès du quartier pénitentiaire de la Cour à Scheveningen, où peut être infirmée la personne en l'attente de procès ou qui a été destinataire d'un mandat d'arrêt, voy. la norme 89 à 106. En réalité, le R.C. assure également un contrôle sur la détention intervenant successivement à la condamnation de l'accusé dans une prison d'un autre Etat ; dans ce cas, le contrôle est exercé par l'Unité chargée de l'exécution des décisions de la Cour.

¹⁴⁵⁶ Voy. le Rapport de la C.D.I. sur les travaux de la 46ème session (2 mai- 22 juillet 1994), supplément n° 10, Doc. A/49/10, *Annuaire de la CDI*, Article 19 (Règlement de la Cour), Vol. II-2, p. 37, lorsque pour la première fois il apparaît une référence au R.C., mais en relation au R.P.P. ; par la suite, il sera mentionné singulièrement dans le Rapport de la réunion intersession du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale (16 mars-3 avril 1998), qui s'est tenue du 19 au 30 janvier 1998 à Zutphen (Pays-Bas), art. 43 (Règlement de la Cour), p. 83, A/AC.249/1998/L. 13, 4 février 1998, pp. 83-84 ; voy. également le Rapport du Comité préparatoire pour la création d'une cour criminelle internationale, 14 avril 1998, A/CONF.183/2/Add. 1, p. 75. Le R.C. a été enfin adopté par la Cour en 2004, voy. Rapport sur les activités de la Cour, Doc. ICC-ASP/4/16, § 39.

¹⁴⁵⁷ C.P.I., art. 52 (1).

La défense reste toutefois exclue de la phase de l'adoption des normes du R.C., elle est même impliquée dans la procédure visant à amender le R.C., le R.P.P. et les E.C.¹⁴⁵⁸. Il y a donc une forme de participation de la défense, mais elle est limitée à donner des avis, la défense n'ayant pas la faculté de proposer des amendements au texte normatif, une faculté qui appartient uniquement aux juges et, selon la doctrine, également au Procureur et au Greffe¹⁴⁵⁹.

Dans les limites de son rôle, la défense est appelée à donner son avis dans la phase des consultations en matière de proposition d'amendements, dont s'occupe le Comité consultatif chargé de la révision des textes¹⁴⁶⁰. Collégalement, les membres du Comité examinent les proposition et se prononcent dans un rapport faisant suite à l'examen d'un document explicatif écrit¹⁴⁶¹. Dans le cas d'urgence, la procédure régulière prévue pour les amendements suit un parcours expéditif, ce qui se vérifie quand le Président dépasse l'avis du Comité, en soumettant directement aux juges la norme qui sera ensuite examinée par l'A.E.P. pour son approbation définitive¹⁴⁶². Lorsque la norme sortant de la procédure d'urgence n'est pas approuvée par l'A.E.P., toute application éventuelle sera dépourvue d'effet, mais rien est établi en ce qui concerne la privation rétroactive des effets déjà produits par son application d'urgence, surtout si la norme nouvelle a été jugée par l'A.E.P. comme contraire aux droits de la personne suspectée, accusée, condamnée ou acquittée. Il est évident que la procédure d'urgence exclut la défense de toute intervention dans la modification du R.C. et ne prévoit pas de mesures réparatrices pour les effets déjà produits, il s'agit d'une lacune normative qui n'existe pas dans la procédure ordinaire, qui empêche expressément l'application rétroactive de tout amendement préjudiciable pour la défense¹⁴⁶³. Toutefois, il nous semble que la formulation de la norme présente une certaine opacité, dans la mesure où il n'est pas élucidé si l'interdiction de la rétroactivité concerne seulement la norme préjudiciable pour la personne suspectée, accusée, condamnée ou acquittée, ou si c'est l'application rétroactive de la norme nouvelle qui est toujours préjudiciable¹⁴⁶⁴.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*, norme 5. En revanche, le Comité n'est pas saisi pour les amendements concernant le Règlement du Procureur, le Règlement du Greffe et surtout du Code de conduite professionnelle des conseils. Sur le sujet voy. R.-E. Fefe, « Penalties », in R.-S. LEE (ed.), *The International Criminal Court : Elements of Crimes and Rules of procedure and evidence*, Transnational Publishers, Inc., Ardsley New York, 2001.

¹⁴⁵⁹ Voy. O. GONFRIER, « Art. 52. Règlement de la Cour », in J. Fernandez/X. Pacreau (dir.), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 1150.

¹⁴⁶⁰ Mais le R.C. a institué d'autres organes, comme le Conseil de coordination, le B.C.P.D. et le B.C.P.V. ; C.P.I., normes 77 et 81.

¹⁴⁶¹ *Ibid.*, norme 6 (1) R.C.

¹⁴⁶² *Ibid.*, norme 6 (2) R.C.

¹⁴⁶³ *Ibid.*, norme 6(3) R.C.

¹⁴⁶⁴ Toute considération sur le caractère préjudiciable d'une norme sur les droits de l'accusé est faite en tenant compte de l'expérience des T.P.I., qui ont eu occasion de se prononcer su cela, à cet égard, voy. en particulier T.P.I.Y., *Le Procureur v. Tadić*, Jugement, IT-96-1-A, 15 juillet 1999, § 28.

a. La norme 55

i. La modification de la qualification juridique des faits

La norme 55 vise à éviter les risques liés à l'impunité, éliminant tout problème en matière de qualification juridique des faits ; celle-ci peut bien être modifiée au cours du procès pour permettre que la configuration juridique concorde complètement avec les crimes prévus dans le Statut et avec la forme de participation de l'accusé aux crimes¹⁴⁶⁵. Mais la Chambre peut modifier uniquement la qualification et respecter deux conditions : ne pas aller au-delà des faits et de leur description dans les charges ; respecter l'équité de la procédure et les droits de l'accusé¹⁴⁶⁶. La modification de la qualification juridique des faits doit donc être faite sur les mêmes faits, puisque tous les faits et les circonstances décrites dans les charges doivent être respectées. Dans le respect de ces conditions, la requalification peut être faite à un moment quelconque du procès, lorsque la Chambre se rend compte que cette modification est opportune. Elle examine alors les éléments de preuve et notifie aux parties la possibilité d'une qualification différente, en leur donnant tout le temps et les facilités nécessaires pour faire des observations. La Chambre assure à tous les participants, notamment à l'accusé, les conditions les plus favorables pour se préparer convenablement et de manière efficace. Aux fins de la modification, les droits de l'accusé seront donc respectés et celui-ci jouira du droit d'interroger les témoins déjà écoutés et appeler à la barre des témoins nouveaux ou présenter tout autre élément de preuve¹⁴⁶⁷. Si nécessaire, la Chambre peut suspendre les débats pour permettre aux participants de se préparer efficacement et convoquer une audience pour discuter des problèmes liés à la modification, puisque la condition permettant la modification peut se réverbérer sur les droits de l'accusé ou l'équité de la procédure¹⁴⁶⁸.

Selon la jurisprudence des droits de l'homme, la requalification de l'infraction n'est pas contraire à l'art. 6 de la C.E.D.H., toutefois, pour des exigences de sécurité juridique qu'il faut garantir au justiciable, la connaissance des charges dérivant de la requalification de l'infraction doit être faite en observant des garanties encore plus larges que celles prescrites pour la connaissance des charges au début de l'histoire judiciaire de la personne¹⁴⁶⁹. A cet égard, la normative du Statut, mais surtout la jurisprudence pénale internationale a démontré une tendance évolutive générale visant à renforcer la protection de l'accusé. A cet égard, la jurisprudence des T.P.I. s'est prononcée

¹⁴⁶⁵ Le requalification des charges n'a rien à voir avec les charges cumulées, qui sont des charges supplémentaires, ni avec les charges alternatives.

¹⁴⁶⁶ C.P.I., norme 5(1).

¹⁴⁶⁷ *Ibid.*, norme 55(3)(a)(b).

¹⁴⁶⁸ *Ibid.*, norme 2.

¹⁴⁶⁹ J.-L. CHARRIER, *op. cit.*, p. 128.

à plusieurs reprises sur la requalification du crime, surtout à l'occasion des négociations entre les parties, lorsque l'accusé avait intérêt à accepter de s'avouer coupable de certains crimes de moindre gravité, en l'échange de l'élimination d'autres crimes plus graves ou d'une modification plus favorable des charges de la part du Procureur, mais ayant parfois comme conséquence que les accusés soient condamnés pour des crimes différents de ceux retenus auparavant par le Procureur.

En particulier, la pratique a confirmé que le manque d'une qualification juridique détaillée ne représente pas en soi une violation des droits de l'accusé, lorsque les faits retenus sont détaillés et ne subissent pas de modification. Il faut ajouter en outre que la précision de la qualification juridique des faits ne relève du Procureur que relativement, puisque les résultats du travail de l'organe des poursuites est, de par sa nature, destiné à se prêter à l'appréciation du juge du parquet, qui est libre de confirmer ou non les conclusions des enquêtes telles qu'elles sont offertes par l'accusation. Donc, au-delà de la confirmation - totale ou partielle - ou de la non confirmation des charges, la Cour a également le pouvoir de modifier, sur demande des parties ou *motu proprio*, les conclusions du Procureur sur la qualification juridique des faits, selon des modalités et des limites temporelles établies¹⁴⁷⁰. Enfin, les charges doivent être amendées avant la formulation des charges, donc avant le procès, alors que la requalification peut intervenir à tout moment. De plus, jusqu'à une certaine phase de la procédure et dans son jugement, la Cour peut retenir les faits selon une qualification juridique différente de celle configurée par le Procureur, puisque le juge - et pas le Procureur - a le pouvoir de garantir à la poursuite une qualification juridique véritable et exacte, toujours dans le respect de deux conditions: une limite temporelle et la signification à l'accusé de la requalification.

ii. La norme 55 dans l'interprétation jurisprudentielle de la Cour

La Cour s'est déjà prononcée plusieurs fois en matière de requalification juridique des faits. Dans l'affaire Ruto et Sang, la Chambre préliminaire II avait confirmé, le 23 janvier 2012, les charges à l'encontre des deux accusés¹⁴⁷¹. Le 10 septembre 2013, les déclarations liminaires des parties et participants ont été entendues par la Chambre de première instance V(a) et le premier témoin avait déposé le 17 septembre 2013. Le Procureur n'avait jamais demandé un report du

¹⁴⁷⁰ La Chambre a le rôle de statuer sur le délai de notice, pouvant modifier les charges sur la qualification sans aller au-delà des faits, de leur description dans les charges et du délai établi.

¹⁴⁷¹ M. Ruto et M. Sang sont accusés de meurtre; déportation ou transfert forcé de population; et persécution qui auraient été perpétrés en relation avec les violences post-électorales de 2007-2008 au Kenya. En particulier, il s'agissait de crimes contre l'humanité prétendument commis entre le 1er et le 4 janvier 2008 dans la région de l'Eldoret, alors que la modification de la portée temporelle des charges relatives à cette région demandait d'y inclure également le 30 et 31 décembre 2007; voy. *Situation en République du Kenya, Le Procureur v. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, Chambre d'appel, Décision rejetant l'appel du Procureur concernant la portée temporelle des charges, 13 décembre 2013, ICC-CPI-20131213-PR974.

procès, mais par la suite il a demandé la modification de la portée temporelle des charges pour y inclure un délai qui n'était pas retenu auparavant. Dans sa décision, la Chambre d'appel a estimé qu'une fois le procès commencé, il n'est plus possible d'ajouter aux charges ou de les modifier, puisque, selon le Règlement de la Cour, une Chambre de première instance peut, au cours du procès, modifier uniquement la qualification juridique des faits sans dépasser le cadre des faits et des circonstances décrites dans les charges. Dans les faits, ajouter d'autres épisodes criminels prétendument commis selon les mêmes modalités des faits déjà allégués, mais en temps différents, signifie ajouter des faits nouveaux. La Chambre d'appel a donc conclu que l'appel était irrecevable, en rejetant la demande de l'accusation¹⁴⁷².

Dans l'affaire Lubanga, la Cour a abordé cette question pour la première fois¹⁴⁷³. La Chambre de première instance I a fait deux notifications, au moment de la décision et de la présentation des arguments. En appel, la procédure a été suspendue pour trois mois et enfin la Chambre a rejeté la possibilité de requalification. En particulier, le procès a subi de nombreuses interruptions et, après une première période d'activité, le procès a eu un énième temps d'arrêt à cause de la demande avancée par les représentants des victimes d'introduire des charges additionnelles à l'encontre de l'accusé, qui en fait étaient des faits nouveaux¹⁴⁷⁴.

En revanche, dans l'affaire Katanga & Ngudjolo, la Chambre de première instance II a appliqué la norme 55 ; en particulier dans ce dernier cas, la Chambre a donné la possibilité de notifier la requalification à la fin de la procédure, mais à condition que l'équité de la procédure soit respectée, car la possibilité de requalifier les charges à n'importe quelle phase de la procédure viole le droit de l'accusé de connaître les charges et d'organiser la défense¹⁴⁷⁵. En effet, le pouvoir que la

¹⁴⁷² Voy. l'opinion dissidente du Judge Ušacka, selon laquelle le Procureur, qui avait demandé la modification des charges avant l'ouverture du procès, aurait dû être examinée sur le fond. *Situation en République du Kenya, Le Procureur v. William Samoei Ruto et Joshua Arap Sang*, Chambre d'appel, Décision, *ibid*.

¹⁴⁷³ Le procès contre Lubanga a débuté en date du 26 novembre 2009, trois ans environ après son arrestation. La présentation des éléments de preuve par le Procureur s'est déroulée au cours de 74 jours d'audience, se concluant le 14 juillet 2009. En revanche, la défense a commencé sa présentation en janvier 2010.

¹⁴⁷⁴ Le 22 mai 2009, les représentants légaux des victimes avaient déposé une requête conjointe en vertu de la norme 55, qu'ils avaient précédemment annoncée à la Chambre, en date du 8 avril 2009, par laquelle ils alléguaient que les victimes, recrutées de force et soumises à une formation militaire très lourde pour devenir soldats de l'UPC/FPLC, auraient fait l'objet d'un traitement inhumain et/ou cruel et quant aux jeunes filles, elles auraient été victimes de réduction en esclavage, ce qui représente une charge nouvelle fondée sur des faits nouveaux ; C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo. Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo, Demande conjointe des représentants légaux des victimes aux fins de mise en œuvre de la procédure en vertu de la norme 55 du Règlement de la Cour* », 22 mai 2009, ICC-01/04-01/06.

¹⁴⁷⁵ C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo. Le Procureur v. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Chambre de première instance II, Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55 du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction des charges portées contre les accusés, 21 novembre 2012, ICC-01/04-01/07 et [même affaire], Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par Germain Katanga contre la décision rendue par la Chambre de première instance II le 21 novembre 2012 intitulée « Décision relative à la mise en œuvre de la norme 55

norme 55 donne à la Chambre de première instance risque de compromettre la position de l'accusé, qui peut subir une mutation de sa situation à un stade avancé de la procédure¹⁴⁷⁶. Même s'il ne s'agit pas d'une mutation qui est forcément au détriment de l'accusé, ce changement pourrait être perçu comme une imposition à reformuler et calibrer la stratégie précédemment adoptée. En tout cas, le risque est que cette mutation se révèle préjudiciable pour les droits de la défense, pour cela ces demandes provoquent toujours des réactions très fortes de la part de la défense, qui se sent menacée par l'introduction de précédents dangereux. Toutefois, il faut souligner que la norme 55 ne fait pas référence à la phase préliminaire, donnant expressément ce pouvoir à la Chambre de première instance pour pallier les déficiences affectant les charges. Or, nous pensons qu'une critique en termes de principe n'est pas admissible, d'autant plus que la norme existe et qu'elle a été jugée insusceptible de nuire, à certaines conditions, aux droits de la défense. Donc les critiques de principe ne sont pas praticables, à moins de ne pas abolir la norme 55 ou de la faire amender parce que contraire aux droits de l'accusé.

iii. Une arme à double tranchant

Certes, il peut effectivement exister un intérêt de la part des représentants légaux ou de l'accusation d'une qualification juridique des faits plus grave, mais, d'autre part, la longue série de garanties que la norme 55 donne à l'accusé peut se révéler être une arme à double tranchant pour l'accusation. Autrement dit, le temps raisonnable du procès fait partie des droits de l'accusé, mais l'accusation et les représentants légaux des victimes ont le même intérêt pour des raisons différentes, puisqu'ils visent à une condamnation et à une réparation dans les plus brefs délais. De plus, l'affaire ne doit pas perdre d'actualité pour l'opinion publique. Or, les garanties établies pour l'accusé ne sont pas favorables à la rapidité, l'accusé bénéficiant des droits suivants : la suspension du débat afin que les parties disposent d'un temps suffisant pour préparer leurs observations orales ou écrites ; la fixation d'une audience uniquement consacrée à ce sujet ; la concession de temps et de facilités nécessaires pour mieux préparer la défense, la possibilité de renouveler la phase d'instruction et d'intégration du débat ; enfin, la possibilité de citer des témoins nouveaux et/ou des témoins déjà comparus. Il est évident que ces garanties prolongent énormément la durée du procès et par conséquent, violent le droit à un procès équitable, dans la mesure où son déroulement ne s'accomplit plus dans un délai raisonnable à l'égard de toutes les parties, puisque cela va également contre les intérêts des victimes et de l'accusation. Paradoxalement, un excès de garanties peut compromettre le procès équitable et le bon ordonnancement de la justice.

du Règlement de la Cour et prononçant la disjonction ... », 27 mars 2013.

¹⁴⁷⁶ Norme 55(1).

Dans l'affaire Lubanga, suite à la demande des représentants légaux, l'accusation avait observé que la Chambre ne pouvait violer le principe *iura novit curia*, puisque de cette manière les charges auraient été amendées. En vertu de l'interprétation dudit principe, le Procureur avait donc indiqué deux critères d'évaluation à adopter de façon successive. D'abord, les charges requalifiées – ici l'esclavage sexuel et le traitement cruel et/ou inhumain – doivent respecter un critère de congruité, à savoir elles doivent se situer à l'intérieur des faits, des temps et des lieux indiqués dans la décision de confirmation des charges. Une fois cela vérifié, il faut adopter un critère de conformité qui exige que les conduites attribuées soient, au moins sur la base d'une « viable legal theory », jugées conformes à la nouvelle définition juridique proposée¹⁴⁷⁷. L'accusation avait en outre observé que la motion des représentants, loin de demander une simple modification juridique des mêmes faits contenus dans la décision de confirmation des charges, contenait en fait une proposition de charges additionnelles, ce qui évidemment va au-delà de la portée de la norme 55, qui reste un « device to counter accountability gaps ». Cependant, en raison du fait que certains systèmes juridiques permettent la possibilité qu'un accusé, à certaines conditions, soit jugé responsable également pour des crimes additionnels qui ne figurent pas dans l'acte d'accusation, le Procureur avait conclu que la Chambre pouvait, au moment de la promulgation de la sentence, considérer les preuves présentées et la gravité des charges additionnelles qui n'ont pas pu être ajoutées, afin de mieux évaluer la mesure de la sanction à appliquer¹⁴⁷⁸. En réalité, la solution proposée par l'accusation, si elle semble respecter formellement les droits de l'accusé, offre au fond un exemple de violation des droits de la défense, de plus il s'agit d'une violation à laquelle il n'y a pas de véritables remèdes, en raison de l'importance des conséquences produites dans une phase avancée du procès, à savoir au moment de la décision sur la culpabilité.

iv. L'articulation des arguments de la défense

Sans tenir compte de la dangerosité intrinsèque desdits arguments, l'accusation avait donc offert une bouée de sauvetage à la défense, car la réponse de la défense se fondait sur la thèse de l'accusation, selon laquelle la demande des représentants légaux contenait des charges nouvelles à l'encontre de l'accusé, alors que la norme 55 permet uniquement la rectification d'une erreur de qualification. A partir de cela, les argumentations de la défense se sont articulés selon trois points essentiels, à savoir : l'impossibilité d'envisager, dans le texte de la norme 55, la faculté d'étendre

¹⁴⁷⁷ En réalité, nous observons que la formule indiquée ici par l'accusation élargi l'application du critère de conformité, puisque la marge d'appréciation sous-tend un minimum de cohérence dans la logique juridique, un troisième critère, certes, quelque peu pléonastique, la cohérence devant être toujours à la base de n'importe quel type d'évaluation de la part de n'importe quelle partie participante au procès.

¹⁴⁷⁸ Sur ce sujet, voy. C. Stahn, *Modification of the Legal Characterization of Facts in the ICC System: A Portrayal of Regulation 55*, 16 Criminal Law Forum, 2005, pp. 3-6 et 25.

les poursuites à des incriminations additionnelles ne figurant pas dans la décision de confirmation des charges ; l'impossibilité d'introduire des faits nouveaux qui excèdent le cadre des faits et circonstances décrits dans la décision de confirmation des charges ; le risque, en cas de rétentioin de la part de la Chambre des qualifications nouvelles, de produire une grave atteinte à l'équité du procès et aux droits fondamentaux de l'accusé reconnus par le Statut¹⁴⁷⁹.

Quant au premier point, la norme 55 se limite simplement à autoriser le juge à rectifier la qualification juridique des faits, afin qu'une erreur dans la qualification des faits indiqué dans la décision de confirmation des charges n'ait pas pour conséquence l'invalidation des poursuites. Pour ne pas invalider la procédure, les faits doivent donc concorder juridiquement avec les crimes indiqués, car seul le pouvoir du juge permet d'effectuer une rectification des chefs juridiquement mal formulés, qui, toutefois, ne peut jamais être *in pejus*. En effet, selon la jurisprudence des Tribunaux ad hoc, il n'est pas possible la rectification d'une infraction avec une autre d'une gravité supérieure¹⁴⁸⁰. De plus l'opération de substitution de la part du juge ne peut jamais lui permettre l'extension des poursuites originaires à des incriminations additionnelles. En effet, aussi bien en cas d'incriminations plus graves qu'en cas d'incriminations additionnelles, on serait face à une aggravation évidente de la situation juridique de l'accusé. Toute rectification par des incriminations plus graves ou nouvelles devraient être de compétence exclusive de la Chambre préliminaire, pas de la Chambre de première instance, et seulement le respect de cette compétence peut garantir le droit de l'accusé à être informé de la nature, de la cause et de la teneur des charges avant le début du procès, dans une phase n'étant pas avancée. En effet, selon le principe du *favor rei* et selon la jurisprudence des Tribunaux ad hoc, la requalification des charges qui intervient dans une phase avancée ou à la fin du procès ne pourrait être permise qu'en cas de qualifications juridiques de moindre gravité. De plus, les faits destinés à une requalification juridique ne doivent pas excéder le cadre des faits et circonstances décrits dans les charges. Puisqu'à la fin du procès, la Chambre ne peut juger que les faits décrits dans les charges, il ensuit que les faits objet du jugement doivent être exclusivement ceux décrits dans les charges¹⁴⁸¹.

¹⁴⁷⁹ C.P.I., art. 67(1(a)(b)(c).

¹⁴⁸⁰ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Zoran Kupreskic et consort*, Jugement, 14 janvier 2000, IT-95-16-T, §§ 670, 728 et 744 à 746 ; voy. également C.E.D.H., *Pélissier et Sassi c. France*, Arrêt, 25 Mars 1999, par. 57 à 61.

¹⁴⁸¹ En ce qui concerne la requête de requalification dans le cadre des crimes contre l'humanité – par rapport aux violences sexuelles dénoncées par les Représentants légaux -, la défense soutient que la caractéristique d'une « attaque généralisée ou systématique » n'est pas envisageable dans les faits décrits dans la Décision de confirmation des charges, ce qui ne peut qu'empêcher la requalification dans le cadre des crimes contre l'humanité. Dans ce cas non plus, le risque d'une étendue de la saisine *in rem* de la part de la Chambre ne peut permettre une telle requalification. Toujours en référence aux faits de violences sexuelles, les faits contenus dans la Décision de confirmation des charges dans la contestation des crimes de guerre ne font jamais référence à ce type d'abus. Par ailleurs, il n'est pas possible de soutenir que la conscription et l'enrôlement d'enfants incluent implicitement et nécessairement les violences sexuelles ou l'esclavage sexuel. Le statut d'enfant soldat est bien caractérisé, car il est lié à des fonctions militaires. Par conséquent,

Le dernier point était le plus intéressant pour le respect des droits de l'accusé, car la défense soulignait comment les qualifications nouvelles doivent être promptement notifiées en temps utile à l'accusé, qui doit donc être informé «de façon détaillée de la nature, de la cause et de la teneur des charges », comme l'exige l'art. 67(1)(a). Or, la nécessité d'une notification sans retard et détaillée des incriminations est un droit prévu par les documents internationaux les plus importants et le principe a été également affirmé dans plusieurs jugements de la Cour Européenne des Droits de l'Homme¹⁴⁸² et des Tribunaux ad hoc. Ladite notification doit contenir la qualification légale précise des crimes, sous peine de causer l'invalidation d'un acte d'accusation tellement générique et indéfini qu'il ne permettrait pas à l'accusé de préparer sa défense¹⁴⁸³. Par conséquent, la Chambre a le devoir de prendre diligemment et sans retard toute initiative utile afin que l'accusé soit informé dans les plus courts délais et puisse préparer sa défense. En l'espèce, le stade du procès devait donc avoir été considéré trop avancé pour l'ajout de nouvelles charges et le retard dépourvu de toute justification valable.

Donc, en l'absence d'informations concernant la nature, la cause et la teneur des charges, l'efficacité de la défense ne peut qu'être frustrée dans son droit de mener des investigations sur les nouvelles charges, de contre-interroger les témoins sur les faits qui ne figuraient pas auparavant dans la décision de confirmation des charges et, de façon plus générale, de jouir de tous les droits reconnus par l'art. 67(2) et par la règle 77¹⁴⁸⁴. Or, pour équilibrer le déséquilibre dans lequel

toute interprétation extensive serait contraire au principe qui impose une interprétation stricte de la loi pénale. Enfin, quant à la requalification des crimes de guerre dans le cadre des traitements inhumains et cruels, il faut constater que la dernière argumentation de la défense à ce propos résulte peu pertinente et en même temps insupportable dans sa reconstruction juridique et historique des faits. En effet, selon la stratégie de la défense, il ne serait pas possible de faire figurer dans la cadre des faits décrits dans la décision de confirmation des charges les traitements inhumains et cruels, car les charges de conscription, d'enrôlement et de participations aux hostilités de la part d'enfants de moins de quinze ans n'impliqueraient pas forcément de « souffrance aigue intentionnellement infligée et effectivement subie ». En effet, ladite souffrance appartient distinctement à la figure juridique des traitements inhumains. Pour résumer l'argument de la défense sur ce dernier point, la formation militaire décrite dans la décision de confirmation des charges n'indiquerait ni expressément ni implicitement une souffrance d'une telle intensité, propre à la torture et aux sévices. De plus, la conscription, l'enrôlement et la participation imposés aux enfants n'impliqueraient aucune atteinte à la vie et à l'intégrité corporelle à l'encontre des personnes ne participant pas aux hostilités, comme le requiert le concept juridique des traitements cruels. Or, il est bien difficile d'imaginer que l'enlèvement forcé d'enfants de moins de quinze ans – qui ne sont pas de militaires – de leurs écoles et de leurs maisons pour leur imposer des conditions de vie insupportables et indubitablement mortelles, ne puisse être considéré une véritable atteinte à la vie physique et morale du mineur.

¹⁴⁸² Cf. sur le point : C.E.D.H., *Gouget c. France*, Requête n° 61059, 24 avril 2006, par. 28.

¹⁴⁸³ Pour la même raison, avant le début du procès, la Chambre avait déjà permis la mise en œuvre de la procédure prévue par la norme 55 pour établir exactement la nature du conflit armé et malgré cela, elle n'avait pas envisagé d'autres modifications de la qualification juridique des faits. Voy. également: T.P.I.Y., *Le Procureur v. Zoran Kupreskic et consort*, Jugement, 14 Janvier 2000, IT-95-16-T, par. 738 ; *Le Procureur v. Krnojelac*, Arrêt, 17 Septembre 2003, IT-97-25-A, § 138, sur la nature de la responsabilité encourue et sur la nécessité de précision de l'acte d'accusation.

¹⁴⁸⁴ En l'espèce, la défense a eu la possibilité d'exercer ses droits limitativement aux crimes d'enrôlement, conscription et participation aux hostilités et non aux crimes d'esclavage sexuel, de traitement cruel et inhumain. L'adjonction

tomberait inévitablement la défense, la Chambre devrait, en application des prescriptions prévues aux paragraphes 2 et 3 de la norme 55, interrompre le procès, ordonner la comparution des témoins déjà écoutés et demander de nouveaux témoins, permettre des nouvelles investigations et favoriser l'application de tout autre droit propre à la défense. Force est de constater que tout cela, encore une fois, porte atteinte au droit de l'accusé à être jugé sans retard excessif¹⁴⁸⁵.

2. Le secours légal d'urgence

Le R.C. a le mérite d'avoir assuré une assistance légale effective grâce à l'institution de deux organes de la défense, le conseil de permanence (a) et le Bureau du conseil public de la Défense (B.C.P.D.) (b)¹⁴⁸⁶. Les deux organes sont chargés d'assurer le respect des droits de l'accusé au-delà de la représentation légale individuelle de la part du conseil nommé et choisi par l'accusé.

a. Le conseil de permanence

i. Une exception au libre choix du conseil

La norme 73 est très importante en matière de droits de l'accusé, car elle aborde le problème de l'aide légale de la Cour et introduit le conseil de permanence, désigné pour des situations spécifiques où la présence immédiate et temporaire d'un conseil s'impose. Il s'agit d'un conseil qui figure sur une liste restreinte des conseils de la Cour et qui est disponible à tout moment pour représenter une personne « ou pour se charger des intérêts de la Défense », limitativement à des questions spécifiques et à une partie circonscrite de la procédure. Le conseil de permanence est presque inconnu dans les systèmes nationaux, qui, en général, ont le conseil d'office et les T.P.I. n'ont pas une disposition comme la norme 73. Le conseil de permanence fait donc face à toute situation d'urgence où une personne a besoin d'être représentée. Les raisons qui peuvent déterminer

proposée par les représentants légaux serait donc, à ce stade du procès, préjudiciable pour les droits de l'accusé, dans la mesure où il n'aurait pas disposé du temps et des facilités nécessaires et pas non plus la notification en temps utile pour calibrer sa stratégie.

¹⁴⁸⁵ Face à ces argumentations, le 14 juillet 2009, la Chambre de première instance I a prononcé son avis intitulé « décision informant les parties et les participants que la qualification juridique des faits peut être modifiée conformément à la norme 55 paragraphe 2 du Règlement de la Cour », décision par rapport à laquelle aussi bien le Procureur que la défense ont interjeté appel. L'importance de l'interprétation à attribuer à la Norme 55 est primordiale pour les droits de la défense en tant que précédent important dans la jurisprudence de la CPI, jurisprudence qui ne pourra échapper à une future évaluation dans les affaires dont la Cour sera saisie. Les raisons de la Chambre de première instance I, ainsi que les arguments offerts par l'accusation et surtout par la défense dans leurs appels respectifs, ont enfin été analysés par la Chambre d'appel le 8 décembre 2009 ; C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo. Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre de première instance I, Décision informant les parties et les participants que la qualification juridique des faits peut être modifiée conformément à la norme 55 paragraphe 2 du Règlement de la Cour, 14 July 2009, ICC-01/04-01/06.

¹⁴⁸⁶ Seul le T.S.S.L. présente un Bureau de la Défense qui exerce des fonctions similaires au B.C.P.D.. Voy. H.-J. BEHRENS/C. STACKER, « Art. 52 – Regulations of the court », in O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, op. cit., p. 1060.

la nécessité de la représentation légale du conseil de permanence peuvent être les plus variées, comme la maladie du conseil déjà désigné par l'accusé, sa révocation ou son indisponibilité temporaire qui provoquerait une interruption de la représentation légale. Le conseil de permanence intervient lorsque la personne - qu'elle soit l'accusé ou le suspect – est dépourvue de conseil, soit quand sa désignation n'est pas encore intervenue soit quand le conseil désigné n'est pas repérable, est absent ou n'est pas en mesure d'accepter le mandat¹⁴⁸⁷.

La désignation du conseil de permanence est faite par le Greffier, qui a la décision définitive sur le choix, même contre le choix de l'accusé¹⁴⁸⁸. Toutefois, ses pouvoirs sont limités du fait des critères auxquels il doit se tenir pour sa désignation¹⁴⁸⁹. Autrement dit, le Greffier choisit à sa discrétion le conseil de permanence, mais son choix est limité aux conseils figurant sur ladite liste et est subordonné aux critères de la proximité géographique entre le conseil, la personne et le lieu où l'assistance est demandée ou le lieu où l'affaire se déroule. Un autre critère est celui de la langue parlée par le conseil, qui doit, de préférence, être la même que celle de l'accusé. Parmi les critères de désignation il y a également l'existence d'une compétence spécifique, par exemple les victimes de violences sexuelles demandent au représentant légal une compétence spécifique dans ce crime. Il est également appliqué le critère de la rotation entre les conseils, à savoir le critère de préférence, puisque les conseils qui n'ont été jamais désignés sont préférés.

La liste des conseils de permanence est donc envoyée à la personne, afin qu'elle exprime sa préférence, car le Greffier doit tenir compte des souhaits manifestés par l'accusé, la nomination du conseil de permanence étant susceptible d'être considérée une exception à l'art. 67(1)(b) du Statut, à savoir au droit de l'accusé à être représenté par un conseil de propre choix, conformément à l'art. 67(1)(b) du Statut. En effet, les critères imposés au Greffier par la norme 73 sur le souhait exprimé par l'accusé réduit le discrétionnaire, redonnant à l'accusé le droit qui lui est propre. Dès qu'elle arrive au quartier pénitentiaire, la *short list* des conseils de permanence est soumise à la personne, qui pourra choisir le conseil pour la première comparution devant la Chambre. Dans ce cas, le conseil de permanence sert donc uniquement pour la première comparution, qui doit se dérouler entre les 62 heures après l'arrivée de l'accusé au quartier pénitentiaire de la Cour. La comparution du conseil de permanence est imminente, afin de permettre à la personne de disposer des facilités

¹⁴⁸⁷ C.P.I., *Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Présidence, Décision relative à la Demande urgente en vertu de la règle 21-3 du Règlement de procédure et de preuve et à la Demande urgente pour la désignation d'un conseil de permanence, déposées par Thomas Lubanga Dyilo devant la Présidence, 29 juin 2007, ICC-01/04-01/06-937.

¹⁴⁸⁸ Sur la limite au droit de choisir librement son conseil, voy. la jurisprudence du T.P.I.R., *Le Procureur v. Jean Kambanda*, Chambre d'Appel, Arrêt, 19 octobre 2000, ICTR-97-23-A.

¹⁴⁸⁹ C.P.I., norme 73 en corrélation avec la norme 129 du R.C.

nécessaires à se défendre, pour cela le B.C.P.D., dont on parlera par la suite, peut aussi jouer un rôle de conseil de permanence. En vertu de la règle 21, l'accusé peut également choisir un conseil qui est au dehors de la liste mais ayant les qualités d'éligibilité pour figurer sur la liste.

ii. Le mandat temporaire du conseil de permanence

Il faut faire une distinction entre la liste des conseils de la Cour et celle des conseils de permanence, généralement plus restreinte, qui se distingue par le fait que ces derniers ont manifesté leur intention d'être nommés comme conseil de permanence, à savoir d'intervenir dans un procès même si ce n'est qu'à titre temporaire. En effet, tous les conseils de la Cour ne sont disponibles à s'engager dans une simple fraction de procès, ayant seulement une très rare possibilité d'être confirmé par l'accusé ; il peut donc simplement arriver que, afin de permettre la commission d'office d'un conseil, il soit nécessaire de désigner temporairement un conseil de permanence. Il faut également considérer que la fraction du procès concernée peut se situer dans une phase déjà avancée de la procédure, et dans ce cas, les tâches du conseil de permanence peuvent résulter particulièrement ardues, le conseil devant se familiariser dans les plus courts délais avec un procès dont l'activité d'instruction a déjà été considérable, avec un grand nombre de documents. Ladite considération décourage donc nombreux conseils qui préfèrent intervenir seulement en qualité de conseil principal ou de co-conseil. Le pouvoir d'action du Greffier dans la commission d'office d'un conseil à titre temporaire - même dans le laps de temps nécessaire pour vérifier que toutes les conditions pour bénéficier de la commission d'office d'un conseil présent dans la liste sont réunies, démontre l'importance que la Cour donne à la préservation du droit à l'assistance d'un conseil dans toutes les phases de la procédure¹⁴⁹⁰.

Enfin, il faut distinguer entre le conseil de permanence et le conseil ad hoc, qui est le conseil désigné par la Chambre dans l'intérêt général de la justice, après avoir demandé au Greffe la liste des conseils de la Cour. Le conseil ad hoc peut représenter les intérêts généraux de la défense quand il faut acquérir une preuve qui peut se détériorer. Il est nommé chaque fois que la Chambre considère appropriée la désignation du conseil ad hoc, par exemple lorsque l'accusé décide de se défendre lui-même, si la Chambre considère que ladite défense n'est pas satisfaisante et n'assure pas le respect du droit de l'accusé à une défense effective. Enfin, un dernier type de conseil est évoquée par les juges, il s'agit du « conseil indépendant », qui peut être désigné par la Chambre

¹⁴⁹⁰ A.-M. LA ROSA, *ibid.*

pour suivre certaines procédures, mais qui n'est pas mentionné dans le Statut et qui a fait justement l'objet de contestation de la part de certaines équipes de la défense privée¹⁴⁹¹.

b. Le Bureau du Conseil Public pour la Défense

i. Les difficultés pratiques de la défense

Le Statut accorde au Procureur un rang qui n'est pas comparable à celui de conseil¹⁴⁹². La présence du Bureau du Procureur parmi les organes officiels de permanence de la C.P.I. permet une conservation et une transmission de connaissances des règles régissant le procès et une continuité qui est aussi une garantie de compétence, alors que la défense non institutionnelle se compose de conseils privés qui, dans la plupart des cas, changent sans arrêt. Puisqu'ils proviennent de systèmes juridiques différents, avec des traditions procédurales parfois accusatoires parfois inquisitoires, les avocats de la défense ne sont pas toujours en mesure de garantir une compétence adéquate pour le procès pénal international, qui demande des connaissances spécifiques comprenant le droit international, le droit pénal, la procédure pénale, le droit humanitaire, le droit international des droits de l'homme et enfin, le droit propre à la Cour. En d'autres termes, il peut être difficile que le conseil privé choisi par l'accusé pour des raisons subjectives de confiance personnelle ait une familiarité avec le procès pénal international¹⁴⁹³.

En outre, s'occuper des dossiers de la C.P.I. implique un engagement professionnel presque total, à cause de la complexité des affaires, de l'ampleur médiatique au niveau international, de la nécessité de se déplacer pour rejoindre les pays concernés par la situation ou à La Haye pour participer aux audiences, qui normalement suivent un calendrier très strict puisque les séances quotidiennes se prolongent pendant des mois. Les professionnels qui travaillent dans des cabinets nationaux ne peuvent garantir pendant longtemps une disponibilité pareille sans risquer de perdre leur travail au niveau national. De plus, le manque d'un Barreau regroupant les conseils inscrits sur la liste des conseils de la Cour, qui soit reconnus par celle-là et qui soit vraiment garant d'une sélection rigoureusement objective et d'une discipline professionnelle, imposent au Greffe de la Cour d'organiser et assurer une formation continue des conseils admis à plaider auprès de la Cour, qui toutefois n'est pas contraignante. Malgré ces efforts, la disparité institutionnelle entre

¹⁴⁹¹ Voy. particulièrement C.P.I., *Situation en République centrafricaine. Le Procureur v. Jean-Jacques Magenda Kabongo et al.*, ICC-01/05-01/13, transcription de l'audience du 5 décembre 2013.

¹⁴⁹² C.P.I., art. 48(2)(3).

¹⁴⁹³ Les experts du secteur ne représentent qu'une élite très restreinte qui peut se permettre de négliger leur profession au niveau domestique pour concentrer leur travail presque entièrement dans le domaine de la justice pénale internationale, situation qui se vérifie souvent étant donné la durée des procès devant la justice pénale internationale.

accusation et défense se traduit dans la pratique en une disparité des armes – et parfois en une défaillance en termes de compétence - qui joue surtout en sens défavorable à la défense.

Le B.C.P.D.¹⁴⁹⁴ est une première tentative visant à équilibrer la dialectique entre les deux parties adversaires et à rendre le procès plus équitable. En effet, il s'agit d'un organe « totalement indépendant », qui relève du Greffe uniquement sur le plan administratif et qui est chargé de fournir une aide et une assistance aux conseils de la défense et à toute personne ayant le droit de bénéficier de l'aide judiciaire devant la C.P.I.¹⁴⁹⁵. Le B.C.P.D. garantit assistance et aide judiciaire à travers la nomination d'un conseil du Bureau qui compare surtout au stade initial de l'enquête ou devant la Chambre dans le cadre d'une question spécifique ; mais l'assistance est également garantie d'autres manières, à savoir par des avis juridiques que le Bureau donne à l'équipe de la défense privée¹⁴⁹⁶. Le Bureau, en outre, a une fonction de médiation en tout cas de conflit entre un accusé bénéficiant de l'aide judiciaire et son conseil. Les objectifs principaux du Bureau du conseil public pour la défense sont principalement trois: défendre les intérêts généraux de la défense dans le cadre des politiques adoptées et des accords internes et externes ; représenter les intérêts de la défense pendant la phase de l'enquête ; enfin, fournir des conseils juridiques et effectuer des recherches pour les équipes de la défense ou directement pour les accusés.

ii. Les trois fonctions principales du B.C.P.D.

1. La défense des intérêts généraux de la défense en rapport avec les politiques et les accords internes et externes.

Tombant dans la structure de la C.P.I., ce Bureau a la capacité de porter à l'attention des différents organes de la Cour des problèmes qui se rapportent à la défense, permettant que les politiques et les procédures qui se réverbèrent sur l'accusé soient formulées de manière à respecter ses droits. Grâce au B.C.P.D, l'uniformité de l'action de la défense dans le cadre de la Cour permet d'éviter que des différends ne surviennent lorsque plusieurs équipes de la défense ne contestent des politiques qui peuvent entraver les intérêts généraux de la défense dans le cadre des affaires en cours. A cet égard, le B.C.P.D. a apporté des contributions importantes, en proposant des amendements au Règlement de la Cour en ce qui concerne les plans stratégiques en matière d'aide judiciaire, de participation des victimes, d'intermédiaires, les conseils, de logiciel, de protocoles adoptés pour la diffusion des éléments de preuve au prétoire, d'équipement de bureau des conseils de la défense et de la mise à disposition de locaux permanents consacrés à la défense. Une tâche

¹⁴⁹⁴ Créée en 2004 par les juges conformément à la norme 77 du R.C. et aux normes 143, 144, 145 et 146 du R. G.

¹⁴⁹⁵ C.P.I., norme 77(2) R. C.

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*, norme 77(5) R. C.

ultérieure du Bureau est celle d'assurer la liaison nécessaire avec les partenaires extérieurs, comme les organismes gouvernementaux et non gouvernementaux et les communautés touchées par les affaires dans le but de promouvoir une meilleure connaissance du rôle de la défense et de l'importance de l'égalité des armes au sein de la Cour.

2. L'intervention au stade initial de l'enquête.

Les fonctions du B.C.P.D. sont donc très précises, se concentrant particulièrement sur des moments de la procédure où un soutien défensif de l'extérieur devient nécessaire lorsqu'il faut aborder des aspects juridiques plutôt épineux qui risquent de provoquer un préjudice à l'accusé. En particulier, surtout dans la phase initiale de la procédure, une erreur ou une stratégie argumentative peu scrupuleuse sont susceptibles de conditionner la défense de manière définitive ou de l'endommager. En particulier, l'un de ces moments se vérifie quand il est nécessaire d'obtenir une anticipation des débats pour recueillir certains moyens de preuve en dehors du prétoire¹⁴⁹⁷. A cette occasion l'intervention du B.C.P.D. peut permettre la préservation de certains moyens de preuve qui seraient en danger en l'attente du procès. Afin de garantir l'efficacité et l'intégrité de la procédure au moment de l'acquisition de la preuve au cours de l'enquête, un conseil du B.C.P.D. est donc désigné lorsque le Procureur demande à la Chambre préliminaire de recueillir une déposition dans les mêmes conditions et avec les mêmes garanties que celles prévues pour les dépositions rendues au cours de l'audience au fond, « en tenant compte notamment de la valeur probante de cet élément de preuve et de la possibilité qu'il nuise à l'équité du procès ou à une évaluation équitable de la déposition d'un témoin »¹⁴⁹⁸. Dans ce cas, l'intervention du B.C.P.D. permet le respect des formalités typiques du débat, favorise le contradictoire et garantit la sauvegarde des droits de l'accusé¹⁴⁹⁹.

La raison pour laquelle le travail du Bureau se concentre particulièrement dans la phase qui précède le procès est parce que c'est à ce stade que la position du suspect n'est pas encore bien claire du point de vue des charges. Dans cette phase, la personne dispose de moyens défensifs encore très réduits, en dépit de l'égalité des armes, sa condition est rendue encore plus vulnérable puisqu'il risque à tout moment d'être soumis à des mesures de contrainte telle que la privation de la liberté personnelle, avec une considérable limitation de sa capacité de se défendre. Au stade initial de l'enquête, l'importance des fonctions du B.C.P.D. se mesure donc surtout à l'occasion de l'arrestation de la personne ou de sa citation à comparaître devant la Cour. Ensuite, l'organe peut

¹⁴⁹⁷ *Ibid.*, art. 56.

¹⁴⁹⁸ *Ibid.*, art. 69(4).

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*, règle 47(2).

être autorisé à participer à la procédure dans l'intérêt de la personne qui n'a pas encore choisi son conseil¹⁵⁰⁰. Pour la première fois en janvier 2007, un membre du Bureau a été désigné pour représenter les intérêts généraux de la défense dans le cadre de la situation en R.D.C.¹⁵⁰¹.

Le Bureau a également présenté plusieurs observations qui ont aidé la Cour à clarifier des aspects importants concernant la participation des victimes à la procédure, en contribuant à fixer les limites de la participation nécessaires à préserver les droits du suspect. Dans cette première occasion, le B.C.P.D. a contesté avec succès le premier appel interlocutoire concernant la nature et la portée de la participation des victimes, dans la mesure où la Chambre d'appel a jugé fondés les arguments selon lesquels il n'y a pas de statut procédural de victime devant la C.P.I. et que les victimes n'ont pas le droit général de participer aux enquêtes menées par l'accusation. Une autre contribution que le Bureau a apporté à l'équité procédurale a été la désignation du conseil principal du Bureau du conseil public pour la Défense comme conseil de permanence pour représenter Germain Katanga lors de sa comparution initiale devant la Cour¹⁵⁰². Dès sa mise en fonction, le Bureau s'est certainement révélé un organe incontournable pour la Cour.

3. La fonction de donner des conseils juridiques et d'effectuer des recherches pour la défense.

Le Bureau se charge enfin d'effectuer des recherches juridiques détaillées sur le droit international pénal substantiel, procédural et sur les droits de l'homme pertinents pour la défense¹⁵⁰³. De plus, il élabore d'autres documents utiles aux équipes de la défense, sous la forme de projets de requêtes ou de manuels de formation et contribue à la création d'une base de données juridiques portant plus particulièrement sur les questions relatives à la défense. Il se propose de finaliser des projets visant à promouvoir les droits de la défense et l'égalité des armes. Les travaux de recherche effectués par le Bureau permettent aux équipes de se familiariser rapidement avec des

¹⁵⁰⁰ *Ibid.*, art. 56(2) (d) et règle 114(1).

¹⁵⁰¹ La Chambre préliminaire I a rendu opérationnel le Bureau, en le chargeant de représenter les intérêts généraux de la défense au stade de l'enquête. Ensuite, un conseil du Bureau a été désigné par les différentes Chambres préliminaires à diverses occasions pour déposer des observations sur tout éventuel effet que la participation des victimes peut avoir sur les intérêts de la défense. En particulier, la question posée était de savoir si les activités du Fonds au profit des victimes dans les régions concernées, à savoir Ouganda et République démocratique du Congo, pouvaient avoir un impact sur les intérêts de la défense et sur l'impartialité et l'équité de la procédure.

¹⁵⁰² C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo. Le Procureur v. Germain Katanga*, ICC-01/04-02/12, cit.

¹⁵⁰³ Pour garantir l'efficacité de son apport juridique à la défense, le B.C.P.D. a conclu des accords avec des universités et des instituts de recherche, comme l'Institut interrégional de recherche des Nations Unies sur la criminalité et la justice, l'Université de Turin et le Centre irlandais des Droits de l'homme de l'Université nationale d'Irlande, afin de promouvoir des études juridiques et des échanges sur des sujets non confidentiels ayant comme objet les droits de l'accusé. Dans le même esprit, le Bureau facilite l'échange de données d'expérience entre les différentes équipes de la défense et les bureaux d'autres juridictions pénales internationales, comme les C.E.T.C. et le T.S.L., sur des thèmes d'intérêt commun, comme la manière de mener des enquêtes et de soulever des objections concernant les éléments de preuve destinés à être présentés devant la Cour.

cadres juridiques très complexes et avec la jurisprudence de la Cour. Mais, sous requête des équipes de la défense, l'organe peut également effectuer des recherches sur des questions juridiques et techniques spécifiques. Il s'agit d'activités qui permettent de réaliser l'égalité des armes, sans toutefois définir la stratégie que l'équipe de la défense privée devra choisir ni pourra interférer dans l'activité défensive. Afin d'éviter tout conflit d'intérêt, le Bureau ne donne aucun avis et ne fournit aucune assistance en lien avec des questions de fait¹⁵⁰⁴. Dans la même mesure, il ne reçoit d'instructions ni communique avec l'accusé. Le conseil principal de l'équipe de la défense sera responsable pour les documents provenant du B.C.P.D. et pour leur contenu.

Dans le cadre de l'assistance juridique, le B.C.P.D. s'est avérée particulièrement utile au cours des premières affaires, à cause des nombreuses questions procédurales spécifiques qui ont été soulevées et auxquelles le Bureau a pu apporter des réponses immédiates. En effet, au fur et à mesure que d'autres accusés arrivaient à la Cour, il fallait fournir rapidement une assistance à la défense, en suivant les transcriptions simultanées et en formulant des avis juridiques et des éléments de jurisprudence aux équipes de la défense engagées dans le prétoire. Son activité a permis de recueillir tous les résultats de l'expérience des conseils destinés aux nouvelles équipes de conseils de la défense. En effet, en vertu de son accès privilégié à toutes les procédures en cours devant la Cour et à toute transcription et décision publique, le Bureau compile des notes et mémos juridiques portant sur des thèmes spécifiques, comme la définition des critères pour interjeter les appels interlocutoires et pour l'admission des victimes à la procédure. Les résultats du travail accompli et tous les précédents jurisprudentiels concernant les affaires devant la Cour sont par la suite transmis aux équipes de la défense pour leur connaissance. Le Bureau a été invité plusieurs fois par les Chambres à déposer des observations concernant l'élaboration de protocoles concernant le système de divulgation des pièces entre les parties.

Dans le cadre d'un « Projet de ReVison », le Greffe de la C.P.I. a, en juillet 2014, décidé une réorganisation de la structure organisationnelle du Greffe pour éviter la fragmentation, les duplications et les lacunes qui caractériseraient ses fonctions. Parmi les projets il y a celui de réunir le B.C.P.D. et la S.A.C. dans un Bureau de la Défense unique, regroupant donc les bureaux ayant des fonctions similaires ou étroitement liées, de manière à atteindre une plus grande efficacité et

¹⁵⁰⁴ Le premier conseil du Bureau a été désigné à l'occasion de l'arrivée de Thomas Lubanga Dyilo à la Cour. Il a participé à la première audience de confirmation des charges en présentant des observations orales sur des questions relatives à la communication d'informations, au principe de légalité et aux modes de responsabilité. Ensuite, il a aidé la première équipe de la défense de Lubanga à interpréter et donner vie aux textes juridiques de la Cour. En cohérence avec sa stratégie, le B.C.P.D. a répondu à la Chambre préliminaire dans l'affaire Lubanga qu'il ne serait pas conforme à son mandat qu'il dépose des observations sur des faits au nom d'un accusé représenté, à l'époque, par un autre conseil, C.P.I., *Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, cit.

efficacité dans la prestation des services¹⁵⁰⁵. Le Greffe est également en faveur de la reconnaissance formelle d'une Association indépendante des Conseil exerçant devant la Cour en tant qu'organisme autonome des conseils, pour la représentation leur intérêts collectifs.

iii. Le grief d'une dimension non institutionnelle de la défense

Les membre du B.C.P.D. sont nommés en conformité des règlements régissant le recrutement des fonctionnaires de la Cour¹⁵⁰⁶, ils présentent néanmoins un statut original, puisqu'ils ne reçoivent aucune instruction du Greffe, qui, en revanche, est tenu de veiller « [...] à ce que la confidentialité nécessaire à l'exercice des fonctions du Bureau soit respectée »¹⁵⁰⁷. Le Greffier est également tenu de fournir toutes les informations et les documents nécessaires à l'accomplissement des fonctions du B.C.P.D., lorsque l'un de ses membres intervient devant une Chambre en qualité de conseil de permanence ou de conseil d'une personne ayant droit à l'assistance judiciaire chaque fois qu'il faut aborder des questions spécifiques¹⁵⁰⁸. En tout cas, les membres du B.C.P.D. sont liés par les dispositions applicables au personnel de la Cour, à l'exception des questions concernant la représentation d'une personne ayant droit à l'assistance judiciaire et de toute question portant sur l'assistance fournie aux conseils de la défense¹⁵⁰⁹. En tant qu'avocats, les membres du B.C.P.D. sont également soumis aux normes contenues dans le Code de conduite professionnelle des conseils¹⁵¹⁰ et, lorsque un conseil du Bureau est désigné, la réglementation sur l'aide judiciaire aux frais de la Cour s'appliquera¹⁵¹¹.

Le B.C.P.D. est présent physiquement au sein de la C.P.I., dans la mesure où l'office est placé dans le bâtiment même de la Cour, même s'il ne jouit pas du même soutien dû à l'Office du Procureur. Les conseils du Bureau sont certainement favorisés dans leur travail par cette localisation privilégiée, qui rend plus immédiat l'enregistrement de la jurisprudence de l'institution sur certains problèmes. Par conséquent, en tant que composante permanente de la Cour, le Bureau constitue une mémoire collective historique de l'institution en tout ce qui concerne les intérêts de la défense. Bien que les fonctions du B.C.P.D. restent très limitées aussi bien en termes de temps que de matière, sa présence favorise une certaine uniformité et continuité de la pratique au sein de la juridiction, en

¹⁵⁰⁵ Voy. le document intitulé *Basic Outline of Recent Proposal Regarding the Defence*, rendu public le 15 septembre 2014, disponible en ligne.

¹⁵⁰⁶ *Ibid.*, norme 143 R. G.

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*, norme 144(5) R.G., « *Le Greffe veille à ce que la confidentialité nécessaire à l'exercice des fonctions du Bureau soit respectée* ».

¹⁵⁰⁸ *Ibid.*, norme 145.

¹⁵⁰⁹ *Ibid.*, norme 144(1)(3) R.G.

¹⁵¹⁰ *Ibid.*, norme 144(2) R.G., « *Dans l'exercice de leurs fonctions aux termes de la disposition première ci-dessus, les membres du Bureau sont liés par le Code de conduite professionnelle des conseils adopté en vertu de la règle 8* ».

¹⁵¹¹ *Ibid.*, norme 144(4) et Section 3 du R.G.

raison de la tâche de sélectionner et de mettre en valeur la jurisprudence la plus influente de la Cour, notamment sur certaines matières d'importance générale. Ainsi, il contribue au perfectionnement du droit et de la procédure de la Cour et au développement du droit pénal international et de la procédure pénale internationale. Au-delà de sa contribution sur le plan international, l'œuvre de cristallisation se révèle très utile pour les différentes équipes de la défense qui travaillent aux différentes affaires de la Cour. Puisqu'il peut s'avérer que l'équipe change dans le cadre de la même affaire, la présence du B.C.P.D. donne donc un caractère de continuité à la défense. En revanche, la Section d'Appui à la Défense, qui dépend de la Division des victimes et des conseils, a une fonction certainement moins incisive sur la procédure de la Cour, dans la mesure où son rôle est limité à un apport strictement administratif et logistique dont l'équipe de la défense a néanmoins besoin¹⁵¹². Sous l'autorité du Greffier, la Section est chargée de favoriser l'aide juridictionnelle et la désignation des conseils de la défense¹⁵¹³.

iv. Les limites fonctionnelles du B.C.P.D.

Les difficultés dans les aspects pratiques sont, d'ailleurs, susceptibles de diminuer l'efficacité et parfois de créer un obstacle à la défense. Dans les deux organes mentionnés on peut envisager une réponse à la nécessité de donner une connotation de stabilité et de continuité à la défense au sein de la Cour, en vertu d'un soutien à caractère juridico-administratif. Il s'agit, toutefois, d'organes qui restent extérieurs à la composition officielle de la Cour et qui, par conséquent, présentent des limitations de temps et d'objet très importants. De plus, il s'agit d'organes qui ne réalisent pas une égalité effective à cause des limites temporelles et factuelles qu'ils ont et du rang inférieur qui aliment la disparité institutionnelle persistant entre les deux parties. De plus, son indépendance du Greffe se traduit dans une réduction des prérogatives et dans un détachement ultérieur de la structure officielle de la Cour.

En particulier, le rôle non institutionnel du B.C.P.D. pèse sur la liberté de l'accusé de choisir son conseil, qui est un droit garanti par le Statut de Rome¹⁵¹⁴. La personne touchée par une affaire devant la C.P.I. n'est pas tenue de choisir un conseil du B.C.P.D., d'ailleurs une désignation pareille pourrait soulever des conflits d'intérêts, étant donné l'engagement potentiel du B.C.P.D. dans toutes les affaires de la Cour, une circonstance capable de générer des incompatibilités entre les positions des différents accusés. En outre, il faut considérer que les ressources financières dont le Bureau dispose doivent couvrir des activités ultérieures en rapport aux activités accomplies dans le cadre

¹⁵¹² *Ibid.*, norme 77 du Règlement de la Cour et normes 143, 144, 145 et 146 du Règlement du Greffe.

¹⁵¹³ La Section d'appui à la défense se rapproche beaucoup du Bureau de l'aide juridictionnelle et des questions liées à la détention présent auprès du T.P.I.Y. ; une section pareille est présente au sein des C.E.T.C.

¹⁵¹⁴ La seule réserve est que le conseil en question ait les qualifications requises.

des mandats provenant directement de la Cour et que le B.C.P.D. est tenu d'accepter. L'organe n'est pas un Bureau de défenseurs publics, ses fonctions étant limitées à compléter et non à remplacer l'activité des conseils privés, que le Bureau se limite à aider afin d'assurer une représentation rapide et de qualité.

Comme confirmation du rôle limité et marginal du B.C.P.D. rappelons que sa création a eu lieu quatre ans après l'entrée en vigueur du Statut de Rome. Il est évident qu'à l'époque un organisme chargé de représenter la défense et de garantir l'égalité des armes n'était pas considéré prioritaire au cours de la Conférence des Plénipotentiaires de Rome. Par conséquent, cet organe n'a pas été en mesure d'influencer les travaux et les procédures mises en place au moment de l'approbation du Statut. En revanche, l'existence ab origine d'un Bureau, dont la fonction première est de promouvoir les droits de la défense d'une manière indépendante, était incontournable pour l'équité des procédures. Par conséquent, bien que le B.C.P.D. ait marqué un progrès important, la défense ne dispose pas encore des mêmes pouvoirs structurels que l'accusation, puisque l'office ne peut conclure des accords avec les États et les organisations dans le domaine de la coopération, ne peut faire pression auprès des États parties pour obtenir des ressources financières, ni avoir d'accès direct aux comités qui décident des orientations juridiques et administratives de la Cour. Il en résulte qu'il n'y aura jamais d'égalité des armes jusqu'à ce que la défense ne soit reconnue en principe et en pratique comme une partie fondamentale, aussi bien du point de vue institutionnel que fonctionnel. Le B.C.P.D. est très loin de cette fonction.

B. Le Règlement du Procureur

Entré en vigueur le 23 avril 2009 - très tard par rapport aux autres textes et au début de l'activité de la Cour - le Règlement du Procureur régit les activités du Bureau en matière de gestion et administration et est subordonné au Statut, au R.P.P. et au R.C.¹⁵¹⁵. A première vue on pourrait penser que le R.P. aborde uniquement les prérogatives et poursuit les intérêts de l'accusation, en fait ses dispositions ont une incidence directe sur la défense. La normative du R.P. confirme le pouvoir énorme du Procureur dans la phase de l'enquête (1) et souligne l'importance de ses tâches surtout en matière de conservation et divulgation de la preuve devant les Chambres (2).

1. La réglementation en matière d'enquête

¹⁵¹⁵ *Ibid*, norme 1(1)(2) R.P.

Le R.P. n'est pas détaché des autres textes de la Cour, *in primis* le Statut (a) et le R.P.P. (b), auxquels il est subordonné.

a. La subordination au Statut

Etablissant le principe général de sa non applicabilité rétroactive, le R.P. protège le suspect, l'accusé et la personne déclarée coupable ou acquittée de toute modification préjudiciable successive à son entrée en vigueur¹⁵¹⁶. Il s'agit d'un texte qui n'a pas la même force que le Statut, auquel il est lié par un rapport de complémentarité subordonnée, dans la mesure où son rayon d'action reste incomplet en l'absence de lien avec le Statut de Rome. En effet, le Statut intègre la lecture du R.P. en ce qui concerne les moments où l'accusation joue son rôle et acquiert plus de pouvoir. L'un de ces moments est la phase de l'enquête, c'est donc en relation avec cette phase que la subordination du R.P. au Statut est particulièrement évidente. Le Procureur a la domination presque exclusive de l'enquête, pour autant la normative statutaire fait contrebalancer une protection encore plus efficace de la défense, puisque les garanties de la personne commencent déjà au moment de l'ouverture de l'enquête. Pendant cette phase, le suspect est protégé par la réglementation des pouvoirs du Procureur, surtout le pouvoir d'enquêter proprio motu¹⁵¹⁷. En effet, aux termes de la norme 32, lorsqu'on est décidé d'ouvrir une enquête, une équipe conjointe est formée avec la charge de faire régulièrement rapport au Comité exécutif de ses avancés et de ses actions¹⁵¹⁸. Ensuite, le Bureau du Procureur examine et recueille tous les renseignements de preuve nécessaires en vue d'identifier les crimes les plus graves dans le cadre de la situation¹⁵¹⁹. Il y a donc un passage articulé avant de décréter l'ouverture d'une poursuite¹⁵²⁰. De surcroît, pendant l'enquête le pouvoir du Procureur est limité par le contrôle exercé par la Chambre préliminaire qui, en même temps, protège l'indépendance du Procureur et par conséquent, également l'indépendance de la Cour¹⁵²¹. A cet égard, le R.P. contribue à l'œuvre d'interprétation et d'application du Statut.

¹⁵¹⁶ *Ibid.*, norme 3(3) R.P.

¹⁵¹⁷ *Ibid.*, art. 15(1). Parmi les mécanismes de saisine de la C.P.I., le Statut prévoit également l'intervention des Etats et du Conseil de Sécurité, art. 14.

¹⁵¹⁸ *Ibid.*, norme 32(1)(4) et 34-35 R.P.

¹⁵¹⁹ *Ibid.*, norme 33 et 34(2) R.P.

¹⁵²⁰ *Ibid.*, norme 27-28 R.P.

¹⁵²¹ C.P.I., art.15. D'une nature différente est la limitation qui dérive du pouvoir de blocage du Conseil de Sécurité, qui se reflète sur les responsables présumés, dans la mesure où le blocage fait que toute responsabilité pénale sera temporairement soustraites à un « jugement » international et déferée à la souveraine de l'autorité étatique. D'autre part, la possibilité d'un procès qui échappe à la médiatisation typique de la justice pénale internationale pourrait priver l'accusé du contrôle international sur respect de son droit à un procès équitable. Selon l'art. 16 du Statut de Rome, lorsqu'il l'estime nécessaire pour la maintien de la paix ou pour l'efficacité de son action en vertu du Chapitre VII de la Charte des NU, le C.d.S. a le pouvoir de suspendre toute procédure pénale devant la C.P.I. ; voy. W. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 143; M.-C. BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, *op. cit.*, p. 520 à 526.

Le Procureur exerce son pouvoir d'ouvrir une enquête quand, une fois évalué tous les renseignements portés à sa connaissance, il en conclut que : il y a des bases raisonnables pour croire qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été ou est en voie d'être commis ; l'affaire est recevable au regard de l'art. 17¹⁵²² ; il y a des raisons sérieuses de penser que l'ouverture d'une enquête servira les intérêts de la justice, compte tenu de la gravité du crime et des intérêts de la victime¹⁵²³. Faute de bases raisonnables et suffisantes pour poursuivre, le Procureur en informe - motivant sa décision - la Chambre préliminaire et l'Etat qui a déféré la situation ou le Conseil de sécurité¹⁵²⁴. On peut observer que le Statut utilise trois adjectifs pour décrire le bien-fondé des bases pour poursuivre, qui doivent être raisonnables, sérieuses et suffisantes. En effet, il semblerait que seulement les bases raisonnables et suffisantes soient le fruit d'une évaluation accomplie selon des critères d'objectivité et que ces conditions puissent être considérées de façon cumulative, alors que les bases sérieuses représentent une qualité sortant d'un jugement plus subjectif, tandis que, dans ce cas, la Chambre préliminaire pourra de sa propre initiative examiner la décision du Procureur¹⁵²⁵.

b. La subordination au R.P.P.

Mais le R.P. est également subordonné au R.P.P., particulièrement la Sous-section 3 de la Section 3, laquelle, à cet égard, fixe les critères pour déterminer quand les bases sont raisonnables pour ouvrir une enquête, faisant référence aux alinéas a) à c) du paragraphe 1) de l'article 53 énoncé. Lesdits critères sont : les bases raisonnables, la recevabilité de l'affaire et les raisons sérieuses¹⁵²⁶. Mais, le critère indiqué à l'alinéa a) est une évidente tautologie, dans la mesure où pour déterminer s'il y a une base raisonnable pour ouvrir une enquête il est demandé d'examiner si les renseignements obtenus « fournissent une base raisonnable pour croire qu'un crime relevant de la compétence de la Cour a été ou est en voie d'être commis ». Il faut également comparer le paragraphe 1 lettre c) de l'art. 53 avec le paragraphe 1 lettre d) de l'art. 17 sur la recevabilité de l'affaire, qui introduit un autre critère, celui de la « gravité suffisante » afin que l'affaire ne soit pas jugé irrecevable.

Or, qu'il s'agisse d'un critère pour la recevabilité, dont l'évaluation incombe à la Cour, ou d'une condition pour l'ouverture de l'enquête, dont l'évaluation incombe au Procureur, ce qu'il faut

¹⁵²² C.P.I, art. 17 et norme 33 R.P.

¹⁵²³ *Ibid.*, art. 53(1)(a)(b)(c).

¹⁵²⁴ *Ibid.*, art. 53(1)(2) et norme 28(2), 29(3), 30 R.P.

¹⁵²⁵ *Ibid.*, art. 53(3)(b) et art. 15(2).

¹⁵²⁶ *Ibid.*, règle 48.

relever ici est l'usage d'une terminologie incertaine, surtout si l'on pense que le jugement préalable que le Procureur fait sur la recevabilité ne conditionnera pas le jugement successif de la part de la Cour sur le même point. De plus, il faut comparer la version française avec celle anglaise du paragraphe 1 lettre c) de l'article 53, où la première parle de « raisons sérieuses » alors que le deuxième de « substantial reasons », une traduction qui fait penser qu'il n'y a pas d'équivalence entre les deux notions ; de surcroît, le paragraphe 7 de l'art. 61 utilise l'expression « motifs substantiels » en tant que critère, entre autres, que la Chambre préliminaire doit utiliser aux fins de la confirmation des charges. Toutefois, faute d'un manque de clarté et d'uniformité terminologique entre le Statut, le R.P.P. et le R.P., selon la doctrine¹⁵²⁷, le standard que le Procureur doit appliquer pour ouvrir une enquête est la présence de « raisons suffisantes », interprétation qui est d'ailleurs plus « raisonnable » !

Néanmoins, si le Procureur, après un examen préliminaire, conclut qu'il n'y a pas de bases raisonnables pour l'ouverture d'une enquête, il en informe les personnes intéressées, qui ne pourront pas interjeter appel contre cette décision. Par contre, elles pourront toujours demander d'examiner d'autres éléments de preuve sur la même affaire¹⁵²⁸. Le Procureur interroge et rassemble tout élément de preuve, selon les formalités établies dans les Règles 111 et 112, mais il ne peut jamais divulguer, « à aucun stade de la procédure » et en dépit du consentement de la personne qui a donné l'information, tout renseignement ou document confidentiel nécessaire pour obtenir des éléments de preuve nouveaux ; à tels fins, il prend toute mesure nécessaire pour protéger la personne, préserver l'élément de preuve et maintenir la confidentialité de l'information¹⁵²⁹. Par contre, il est tenu à la publicité, lorsqu'il décide d'ouvrir une enquête et, dans ce dernier cas, il est tenu de rendre publique sa décision, en la notifiant aussi bien aux Etats Parties qu'à ceux qui auraient compétence à l'égard des crimes¹⁵³⁰.

2. La réglementation en matière de preuve

Même si beaucoup de dispositions du R.P. sont consacrées aux victimes et aux témoins, la normative sur la gestion de la preuve acquiert une certaine importance pour la défense, surtout lorsque la procédure se déroule devant les Chambres, où les modalités de la formation de la preuve doivent passer au tamis des juges. En effet, à partir de l'enquête, la garantie pour l'accusé est que toutes les informations et les pièces à convictions recueillies par le Procureur, même celles à

¹⁵²⁷ W. A. Schabas, *ibid.*, p. 123.

¹⁵²⁸ C.P.I., art. 15(6) et règle 49(2).

¹⁵²⁹ *Ibid.*, art. 54(3)(e)(f) et règles 46 et 73.

¹⁵³⁰ *Ibid.*, art. 18(1).

décharge, restent protégées, car il est responsable de leurs conservation, garde et sûreté¹⁵³¹. Chaque fois que le Procureur estime nécessaire de restreindre les garanties de l'accusé relatives à la divulgation, à la publicité ou au contradictoire, le R.P. lui impose de justifier « clairement en fait et en droit » sa demande¹⁵³² ; autrement dit, il doit se justifier chaque fois qu'il demande de déposer des documents à titre confidentiels, sous scellés ou ex parte, ou qu'il demande qu'une partie de la procédure se tienne en audience à huis clos ou ex parte¹⁵³³. La même procédure est prévue lorsque le Procureur demande à la Cour l'expurgation des pièces, faisant en sorte que les renseignements sous son contrôle soient suffisants pour permettre à la Chambre de rendre une décision motivée¹⁵³⁴.

De plus, pour rendre toute divulgation rapide, fiable et efficace, le Procureur établit un protocole et des normes techniques à suivre, dont la violation de la part du Bureau du Procureur peut être contestée par la défense. Une attention particulière est consacrée enfin à la conservation et divulgation des éléments de preuve à décharge, dont l'accusé doit avoir la disponibilité « dès que cela est possible »¹⁵³⁵. En effet, pendant son activité, le Procureur doit toujours tenir compte de la défense, avec laquelle il est obligé de communiquer, toute activité conduite en vase clos étant censurable. Partant, il maintient avec la défense des relations continues et constructives, notamment en matière de preuve, afin de rendre plus efficace la procédure¹⁵³⁶. Evidemment c'est sur le terrain du cadre probatoire – surtout à charge - que la querelle entre défense et accusation s'accomplit, dans la mesure où le Procureur doit présenter des éléments de preuve – preuves documentaires ou résumés - suffisants, crédibles et pertinents pour établir « l'existence de motifs substantiels de croire que la personne a commis les crimes qui lui sont imputés, sans perdre de vue le droit de la Défense de contester les éléments de preuve produits par le Bureau en vertu de l'article 61(6)(b) »¹⁵³⁷. Encore une fois la corrélation stricte entre le R.P., le Statut et les autres textes de la Cour est mise en abîme.

§ 2. Le règlement de l'organe administratif : le Règlement du Greffe

Les dispositions contenues dans le Règlement du Greffe (R.G.) s'appellent normes¹⁵³⁸. Surtout consacrées à l'administration judiciaire, on pourrait penser que cet ensemble de normes ne

¹⁵³¹ *Ibid.*, règle 10.

¹⁵³² *Ibid.*, norme 50(2)(3) R.P.

¹⁵³³ *Ibid.*, norme 50(1).

¹⁵³⁴ *Ibid.*, norme 56 R.G.

¹⁵³⁵ *Ibid.*, normes 51(b) et 55(3) R.G. en corrélation avec l'art. 67(2).

¹⁵³⁶ *Ibid.*, norme 51 R.G.

¹⁵³⁷ *Ibid.*, norme 59(1)(2) R.G.

¹⁵³⁸ *Ibid.*, norme 2 R.G.

présente pas d'importance d'un point de vue des droits de la défense, en réalité le R.G. illustre comment l'activité du Greffier peut donner pleine efficacité aux droits de la défense¹⁵³⁹, assurant aussi bien la protection de la défense tout court (A) que la protection directe du justiciable (B).

A. Le garant de la défense

Le Greffe a la fonction non seulement de garantir une défense, mais d'assurer à l'accusé une défense adéquate à préserver la dignité du procès devant un organisme si particulier comme la C.P.I. (1), pour cela il est chargé d'intervenir pour combler toute éventuelle défense déficitaire (2).

1. Les garanties relatives à la représentation légale et à l'aide judiciaire

Le Chapitre 4 du R.G. est entièrement consacré à la défense, plus spécifiquement au rôle du Greffier en matière de représentation légale (a) et d'aide judiciaire (b), car le Greffe est le premier organe de la Cour chargé de vérifier que le droit primordial de l'accusé à l'assistance d'un conseil soit respecté, la violation de ce droit étant susceptible d'invalider la procédure toute entière.

a. Les fonctions du Greffe par rapport à la défense

i. L'assurance de la défense

Le Greffe est le quatrième organe officiel de la Cour¹⁵⁴⁰. Elu par les juges¹⁵⁴¹, il est dirigé par le Greffier et soumis à l'autorité du Président¹⁵⁴². En général, l'activité du Greffier vise principalement à assurer le déroulement régulier des activités des autres organes, à veiller sur leur indépendance et à garantir l'administration des services nécessaires au déroulement du procès. Les fonctions du Greffe de la C.P.I. ne diffèrent pas de celles propres aux juridictions nationales, mais l'attribution d'une série des tâches supplémentaires indiquées dans le R.G. donne la mesure de la particularité du procès devant la C.P.I. et de la complexité de la machine judiciaire internationale¹⁵⁴³. Au-delà des tâches générales, le Statut attribue au Greffier des fonctions fondamentales pour la défense. En effet, parmi les autres devoirs plus strictement administratifs, les fonctions spécifiques de cet organe visent en particulier à préserver les droits de l'accusé dans toutes les phases de la procédure, préliminaire, débats et appel. En particulier, sa responsabilité en

¹⁵³⁹ En particulier, voy. la norme 119 et plus en général, le Chapitre 4 du R.G. en matière de défense et d'aide judiciaire.

¹⁵⁴⁰ M.-C. BASSIOUNI, *Introduction to International Criminal Law*, *ibid.*, p. 537.

¹⁵⁴¹ Par contre, les Greffiers des Tribunaux *ad hoc* sont désignés par le Secrétaire Général des Nations Unies.

¹⁵⁴² C.P.I., art. 43.

¹⁵⁴³ Voy. par exemple, le Statut de la C.P.I., art. 43(1) en rapport au Statut du T.P.I.Y., art. 17(1) et au Statut du T.P.I.R., art. 16(1).

matière de droits de la défense se fonde sur la règle 20 du R.P.P., laquelle décrit les modalités selon lesquelles l'activité du Greffier fait « *valoir les droits de la défense conformément au principe du procès équitable fixé par le Statut* »¹⁵⁴⁴ ; il a la responsabilité en matière de droits de la défense, le compte exclusif de gérer le système d'aide judiciaire de la Cour et de décider en ce qui concerne les qualifications, la désignation et la commission du conseil¹⁵⁴⁵, notamment le conseil de permanence, où le pouvoir du Greffier peut arriver jusqu'à négliger le principe du libre choix de l'accusé.

Afin d'assurer la meilleure défense le Greffier vérifie que, à tout stade de la procédure, l'accusé dispose d'un conseil dès qu'il est encore simplement suspecté et, à cette fin, il facilite la présence physique du conseil, son assistance et l'attribution de garanties, de privilèges et immunités reconnues au conseil tout au long de son mandat¹⁵⁴⁶. Mais, la garantie d'une assistance légale intervient notamment lorsque la personne est privée de sa liberté personnelle et couvre la phase de l'enquête, la phase préliminaire de la confirmation des charges, celle du procès en première instance, de l'appel et, le cas échéant, de la révision. Dans le cas d'une condamnation, le Greffe est responsable de l'administration régulière des services pénitentiaires¹⁵⁴⁷, alors qu'en matière de détention auprès du quartier pénitentiaire de la Cour, le R.C. confie au Greffier toutes les tâches nécessaires pour garantir le respect des droits du détenu, en particulier le droit de visite, le droit à la santé, à des visites médicales conduites de façon impartiale, à la sécurité et au bien-être spirituel¹⁵⁴⁸. En outre, la norme 94 du R.G. permet des contrôles illimités de la part d'organismes extérieurs à la Cour, comme le Comité international de la Croix-Rouge.

Le Chapitre IV du R.G. énonce les normes à respecter en matière de conseil et d'aide judiciaire ; en particulier, la norme 119 prescrit les obligations du Greffier en matière de défense, indiquant des dispositions d'ordre pratique, alors que la norme 120 établit l'obligation du Greffier de maintenir des contacts et d'effectuer des consultations avec les associations d'avocats. Enfin, l'importance que le Greffe exerce sur la défense se réverbère sur le processus normatif du R.G., puisque la norme 3 prévoit qu'il soit amendé par un Comité consultatif chargé de la révision des

¹⁵⁴⁴ C.P.I., règles 20 et 21.

¹⁵⁴⁵ C.P.I., *Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Présidence, Décision de la Présidence relative au document intitulé « Clarification » déposé par Thomas Lubanga Dyilo le 3 avril 2007, aux demandes du Greffier datées du 5 avril 2007 et aux requêtes de Thomas Lubanga Dyilo datées du 17 avril 2007, 2 mai 2007, ICC-01/04-01/06-874, § 17 et [même affaire], Présidence, Décision relative à la Demande urgente en vertu de la règle 21-3 du Règlement de procédure et de preuve et à la Demande urgente pour la désignation d'un conseil de permanence déposée par Thomas Lubanga Dyilo devant la Présidence, 29 juin 2007, ICC-01/04-01/06-937, § 16.

¹⁵⁴⁶ C.P.I., norme 119(1)(a) R.G.

¹⁵⁴⁷ Les tâches strictement administratives vont de la tenue des audiences à l'enregistrement des transcriptions des débats et à la traduction des documents déposés par les parties, voy. la règle 3(e).

¹⁵⁴⁸ C.P.I., norme 151 à 181 R.G.

textes, un organisme qui compte la présence d'un représentant des conseils parmi ses membres¹⁵⁴⁹. A cet égard, toujours dans le but de garantir la défense, le R.G. affirme le principe de la non rétroactivité des amendements, établissant qu'aucune atteinte ne devra être portée aux droits de la personne suspectée, de l'accusé et d'aucun participant à la procédure¹⁵⁵⁰.

ii. Le rapport entre le Greffe et le B.C.P.D.

Enfin, le Greffier coordonne la Section d'appui à la défense pour fournir tout service nécessaire à garantir une défense efficace et maintient un lien très fort avec le B.C.P.D., car il « veille à ce que la confidentialité nécessaire à l'exercice des fonctions du Bureau soit respectée »¹⁵⁵¹, malgré l'indépendance de celui-ci¹⁵⁵². Il s'agit de la confidentialité concernant l'assistance judiciaire donnée par le conseil de la défense en tout cas de communication de documents et d'informations nécessaires au B.C.P.D., lorsque l'un des membres est désigné en qualité de conseil pour des questions spécifiques ou en qualité de conseil de permanence¹⁵⁵³. La désignation du conseil de permanence revient au Greffier¹⁵⁵⁴. Or, au devoir de vigilance et de divulgation du Greffe correspond le devoir du B.C.P.D. d'informer régulièrement le Greffier de ses activités par le biais d'un rapport annuel¹⁵⁵⁵. L'interaction entre les deux organes se manifeste également par la possibilité du Greffier de nommer le B.C.P.D. en tant que médiateur en tout cas de litige entre le conseil et l'accusé¹⁵⁵⁶. D'une part, le pouvoir de désignation attribué au Greffe prouve le lien de confiance entre les deux organes, d'autre part on nourrit néanmoins des perplexités quant aux capacités médiatrices du B.C.P.D., qui, en tant qu'organe de la défense, ne donne pas une vraie garantie d'impartialité dans le cadre de la querelle. Par ailleurs, le B.C.P.D. peut bien entrer en conflit ou en désaccord avec les stratégies du conseil concerné par le litige. Enfin, l'activité que le B.C.P.D. peut avoir expliqué pour l'accusé avant la désignation du conseil privé pourrait entrer en conflit avec les stratégies adoptées par le conseil intervenant par la suite. En tout cas, le devoir du B.C.P.D. d'informer le Greffe de son activité donne l'idée d'une sorte de subordination au Greffe d'un organe qui, en revanche, devrait toujours sauvegarder son indépendance.

b. La Liste des conseils de la Cour

¹⁵⁴⁹ *Ibid.*, norme 4(1) et (3) R.G.

¹⁵⁵⁰ *Ibid.*, norme 4(4) R.G.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*, norme 144(5) R.G.

¹⁵⁵² Plus spécifiquement, il s'agit de la Section 5 du Chapitre 4. Toutefois, le B.C.P.D. travaille en conformité avec les dispositions des autres documents de la Cour, principalement le Statut et le R.P.P.

¹⁵⁵³ C.P.I., norme 145 R.G.

¹⁵⁵⁴ *Ibid.*, norme 129 R.G.

¹⁵⁵⁵ *Ibid.*, norme 146 R.G.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*, norme 119(3) R.G.

i. La garantie de qualité de la défense

S'agissant d'un véritable devoir déontologique, la compétence du conseil est confiée au sérieux et au professionnel de chacun, puisque les conseils ne garantissent pas tous le même niveau de préparation. En ce qui concerne la défense privée, le risque d'incompétence du conseil retombe sur l'accusé qui a exercé son libre choix, mais le juge a néanmoins le pouvoir d'intervenir lorsqu'au cours du procès, il est manifeste que le conseil n'a pas la maîtrise du dossier ou est incapable de gérer le procès. Le problème devient plus pernicieux lorsque l'incompétence ne se limite pas à la connaissance du dossier et ne se limite pas aux conseils privés, mais s'étend aux conseils commis d'office par la Cour. Ainsi, en manque d'une structure officielle représentative des conseils de la Cour, il incombe au Greffe de garantir à l'accusé la compétence du conseil qui lui est commis d'office, car l'assistance légale que le Greffe assure doit remplir un critère essentiel de qualité, la défense devant être la meilleure possible afin que la procédure ne soit pas invalidée. A cette fin, le Statut de la Cour prescrit que le conseil possède l'expérience du procès pénal et un degré élevé de compétence, étant donné l'importance du procès devant une instance pénale internationale telle que la C.P.I. ; desdites qualités le Greffier doit tenir compte lors de la désignation d'office d'un conseil, mais également en tout cas de désignation d'un conseil privé de la part de l'accusé, surtout quand l'accusé n'est pas en mesure d'évaluer proprement la compétence du conseil choisi.

Dans cette perspective, avant le choix, le Greffier établit que le conseil répond aux mêmes qualités demandées¹⁵⁵⁷ aux conseils commis d'office et à cette fin il doit préalablement avoir été admis sur une liste de conseils de la défense tenue par le Greffe¹⁵⁵⁸. La Liste des conseils de la Cour (L.C.C) pourrait correspondre, sur le plan national, au tableau des Barreaux des avocats¹⁵⁵⁹. L'accusé peut donc mandater soit un conseil figurant sur la L.C.C. soit un autre conseil privé de son choix, mais à la condition qu'il remplisse les mêmes critères formels demandés aux conseils figurant sur ladite liste¹⁵⁶⁰, où les conseils sont admis après une sélection attentive. Garantissant l'égalité d'accès et une distribution géographique équitable¹⁵⁶¹, ce document demande au conseil une compétence reconnue en droit international ou en droit pénal, conjointement à l'expérience relevant du procès pénal en exerçant la fonction de juge, de procureur, d'avocat, ou quelque autre fonction analogue, avec un exercice d'au moins dix ans pour le conseil principal et huit pour le co-

¹⁵⁵⁷ Selon la jurisprudence du T.P.I.Y., il n'y a pas de conflit d'intérêt si un conseil, avant de travailler pour la défense, a travaillé pour l'accusation ou pour les Chambres. Voy. T.P.I.Y., *Le Procureur v. Hadzihasanovic*, Décision du Greffier et du Greffier adjoint, 26 novembre et 19 décembre 2001, IT-01-47.

¹⁵⁵⁸ C.P.I., règle 22(1).

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, normes 122-123, 126 R.G.

¹⁵⁶⁰ La Liste des conseils est disponible sur le site de la C.P.I. :[http://www2.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/2048474C-CBC2-4FACA19084926CDDAE01/283205/WebListofCounsel_13042011FR.pdf].

¹⁵⁶¹ C.P.I., norme 142 R.G.

conseil¹⁵⁶². Sur la L.C.C. figurent tous les conseils ayant manifesté leur volonté d'être commis d'office.

Il faut cependant préciser que la demande de désignation d'un conseil indiqué par l'accusé – qu'il soit privé ou d'office – peut être rejetée sur la base de l'absence des critères d'admission sur ladite liste. Le pouvoir discrétionnaire du Greffe est plus ample en ce qui concerne le conseil d'office. Dans ce deuxième cas, l'exclusion ne peut se fonder *prima facie* sur l'absence des qualifications requises, du fait qu'il a déjà démontré de les posséder au moment de son admission, mais sur d'autres critères, l'un desquels est la preuve de la perte des qualifications qu'il avait auparavant démontré de posséder ou la condamnation pour des infractions criminelles ou disciplinaires graves. Dans ce cas, il faut admettre que le pouvoir discrétionnaire du Greffe peut limiter énormément le droit de l'accusé de désigner un conseil de son choix, mais sans risquer forcément que l'actionne devienne nécessairement injuste ou inéquitable. En tout cas, les décisions du Greffier restent toujours soumises à la possibilité offerte à l'accusé de présenter un recours auprès de la Présidence ou de la Chambre concernée, lorsqu'il s'agit d'une révocation intervenue au cours du procès¹⁵⁶³.

ii. Le contrôle sur la qualité de la défense

Par son activité de contrôle sur la qualité de la défense, le Greffier assure l'efficacité du fonctionnement de la Cour et en même temps, le respect effectif des droits de l'accusé. En particulier, le Greffier garantit que, au cours des années, le conseil possède les mêmes qualités demandées pour l'admission sur le L.C.C. et c'est dans cette perspective que le R.G. prévoit des formations périodiques pour les conseils¹⁵⁶⁴. Quant à la langue parlée par le conseil, il s'agit d'un aspect qui touche directement le droit de l'accusé à suivre le procès. A cet égard, le Statut de Rome impose au conseil de parler au moins l'une des deux langues de travail de la Cour, l'anglais et le français, mais pas nécessairement de parler la langue de l'accusé, qui reste donc libre de choisir également un conseil qui ne parle pas sa propre langue¹⁵⁶⁵. En réalité, la pratique des T.P.I., en particulier le T.P.I.Y., a démontré le contraire, permettant parfois à l'accusé d'être représenté par

¹⁵⁶² *Ibid.*, norme 119(1) R.G., règle 21(2) et 22.

¹⁵⁶³ Sur les critères de qualification des conseils, cf. A.-C. SIMOES DE SILVA, "L'organisation de la défense devant les juridictions pénales internationales", in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *Droit international pénal*, Deuxième édition révisée, *op. cit.*, pp. 897-898.

¹⁵⁶⁴ Voy. Section 4 du Chapitre 4 du R.G., en particulier les normes 140, 141 et 142 R.G.

¹⁵⁶⁵ La jurisprudence du T.P.I.Y. a permis la commission d'un conseil privé qui ne parle que la langue de l'accusé, donnant une large flexibilité au critère de la compétence linguistique, incontournable pour la Cour. La même orientation a été confirmée par le T.P.I.Y. à l'égard de l'accusé *Mladic*, auquel le Tribunal a permis de nommer son conseil, lequel ne parle aucune des langues officielles, en l'espèce voy. également T.P.I.Y., *The Prosecutor v. Kupreskic*, Decision on Defence Requests for Assignment of Counsel, IT-96-17/1, 10 mars 1998.

un conseil qui ne parlait aucune des deux langues officielles du Tribunal, avec le risque que le conseil ne comprenne pas bien la procédure ni le droit appliqué par le Tribunal¹⁵⁶⁶.

En matière de contrôle de la part du Greffe, il faut souligner les critiques envisageant une limite dans le mécanisme de sélection des conseils, dans la mesure où la vérification des qualités du conseil se focalise surtout dans la phase de l'admission sur la liste des conseils de la Cour. Il s'agit d'une pratique bureaucratique qui a donné accès surtout aux conseils remplissant le critère linguistique, sous réserve de contrôle effectif du Greffe. En effet, malgré les efforts du Greffe, il manque un vrai contrôle concernant la connaissance indispensable que le conseil doit avoir du procès et du droit pénal international, qui en fait est le patrimoine d'une élite de juristes vraiment spécialisés en la matière; cette limite a, au cours des années, fait accroître de manière exponentielle et presque indiscriminée le nombre des conseils admis sur la L.C.C., en donnant accès également aux conseils qui tout simplement maîtrisent l'une des langues de la Cour et exercent la profession d'avocat pénaliste dans leur propre pays depuis au moins dix ans pour le conseil dit principal et huit ans pour le co-conseil, celle-ci étant une condition suffisante pour en déduire l'expérience demandée au conseil. De cette manière, les conseils désireux de plaider devant la C.P.I. peuvent se limiter à fournir des simples attestations de compétence linguistique et de qualification professionnelle délivrées par les autorités nationales compétentes qui ont autorisé le conseil à exercer dans son propre pays¹⁵⁶⁷. De plus, il manque la prévision que les juges sanctionnent le manque de compétence du conseil, laquelle émerge dans une phase désormais avancée de la procédure. Une sélection plus rigoureuse sur cela garantirait une véritable effectivité et efficacité de la défense. En ce qui concerne le rôle du Greffe par rapport à l'activité des conseils, la Section 6 du Chapitre 4 complète les dispositions contenues dans les articles 35 et 44 du Code de conduite professionnelle des conseils, à travers la réglementation du Comité de discipline¹⁵⁶⁸.

2. L'aide judiciaire aux frais de la Cour

Dans le cadre du système de l'aide légale de la Cour, il faut souligner la fonction du Greffe en matière de rémunération du conseil pour l'accusé indigent (a). Il s'agit d'une fonction lui attribuant un pouvoir énorme, qui lui est reconnu surtout du R.G. et qui peut parfois dépasser la volonté de l'accusé (b).

¹⁵⁶⁶ Il s'agissait de Maître Babic, voy. T.P.I.Y., *Le Procureur v. D. Erdemovic*, Ordonnance, 29 mai 1996, IT-96-22-I, cit.

¹⁵⁶⁷ S. BARACHE, "L'organisation de la défense", in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET (dir.), *Droit international pénal*, Editions Pedone, Paris, 2000, pp. 788-789.

¹⁵⁶⁸ C.P.I., normes 147, 148 et 149 R.G.

a. La rémunération du conseil de l'accusé indigent

La partie du R.G. qui, d'après nous, est la plus pertinente aux droits de l'accusé - dans la mesure où aucune défense ne serait permise en son absence - concerne le droit de l'accusé, du suspect ou du détenu de disposer de moyens financiers aptes à rémunérer le conseil¹⁵⁶⁹. A cette fin, sous réserve de démonstration de l'état d'indigence de l'accusé, le R.G. lui assure, sur demande, une aide financière¹⁵⁷⁰. Il s'agit d'une réglementation qui est présente dans la Section 3 du Chapitre 4 du R.G. portant sur l'aide judiciaire aux frais de la Cour, une aide qui est soumise à la vérification, de la part du Greffe, des conditions requises pour son obtention¹⁵⁷¹. En fait, l'aide judiciaire assurée par la Cour ne se limite pas au paiement des honoraires du conseil, mais inclut toute personne assistant le conseil¹⁵⁷², également l'enquêteur professionnel¹⁵⁷³, qui est choisi par le conseil parmi ceux figurant sur la liste des enquêteurs professionnels de la Cour¹⁵⁷⁴. Mais, la question de la rémunération du conseil est liée surtout à la commission d'office d'un conseil parmi les conseils figurant sur L.C.C. Comme il a été établi par la jurisprudence des Tribunaux ad hoc, l'aide judiciaire aux frais de l'instance juridictionnelle est une mesure qui permet l'égalité des armes grâce à l'assurance de l'effectivité de la représentation légale de l'accusé¹⁵⁷⁵, pour cela elle n'est pas accordée si l'accusé décide de se défendre soi-même, car serait un usage inapproprié des fonds à disposition du Tribunal¹⁵⁷⁶. Toutefois, le R.G. semble suivre une orientation différente lorsque la lecture combinée de la règle 20 et de la norme 119(2) assurent de manière plus large le droit à l'égalité des armes et à l'assistance nécessaire à toute personne ayant choisi de se représenter soi-même. Dans le domaine financier le Greffe exerce un véritable contrôle lorsque les frais, dépenses et honoraires sont pris en charge par la Cour, aussi bien quand il s'agit d'un conseil choisi

¹⁵⁶⁹ A.-C. SIMOES DE SILVA, "L'organisation de la défense devant les juridictions pénales internationales", in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *Droit international pénal, op. cit.*, pp. 902-903.

¹⁵⁷⁰ *Ibid.*, normes 130 et 131 R.G.

¹⁵⁷¹ *Ibid.*, norme 132 R.G. ; il s'agit de vérifier la présence ou non de ressources de toute nature, à savoir tout compte bancaire, revenu direct, bien immobilier ou mobilier, titres bancaires de l'accusé, de son conjoint et de toute personne cohabitante habituellement avec lui. Le Greffier peut se baser également sur la présence éventuelle de signes extérieurs de richesse, comme la jouissance manifeste de biens. Toutefois, il ne pourra pas tenir compte d'éventuelles prestations sociales dont l'accusé peut bénéficier. La Cour a indiqué une formule à appliquer pour établir l'état d'indigence de l'accusé. Il s'agit de déduire les obligations familiales mensuelles de l'accusé (OF) de ses avoirs mensuels (AM), pour obtenir les moyens disponibles mensuels (MDM). A cet égard, voy. le Rapport sur les principes et critères à appliquer pour déterminer l'indigence aux fins de l'aide judiciaire, 31 mai 2007, ICC-ASP/6/INF.1.

¹⁵⁷² C.P.I., normes 124, 125, 126 et 127 R.G.

¹⁵⁷³ *Ibid.*, norme 139(1) R.G.

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*, norme 137. Selon le paragraphe 2 de la norme 139, il est possible la nomination d'un enquêteur ne figurant pas sur ladite liste, à condition qu'il remplisse les critères établis pour l'admission sur la liste des enquêteurs.

¹⁵⁷⁵ T.P.I.R., *Le Procureur v. Akayesu*, Chambre d'appel, Arrêt, 1 juin 2001, ICTR-96-4, § 76 et T.P.I.R., *Le Procureur v. Kambanda*, Chambre d'appel, Jugement, 19 octobre 2000, ICTR-97-23, § 34.

¹⁵⁷⁶ A cet égard, voy. A. Zahar, « Lega laid, self-representation, and the crisis at the Hague Tribunal », in *Criminal Law Forum* (2008), Vol. 19, pp. 241 et s.

librement par l'accusé que d'un accusé commis d'office. En fonction de la complexité du dossier, de la phase de la procédure de l'expérience du conseil, le Greffier détermine, en consultation avec les juges, le montant dû, après un examen visant à vérifier le bien-fondé de éléments justificatifs. Le rôle du Greffier est donc fondamental en matière d'aide légale et d'effectivité de la défense et pose la question si ce pouvoir n'est pas excessif et ne risque pas d'affecter l'indépendance du conseil, lequel est donc tenu de donner des renseignements très larges¹⁵⁷⁷.

En ce qui concerne les moyens financiers, il faut mettre en exergue la différence de ressources entre le Procureur et la défense. Il s'agit d'une différence que l'aide aux frais de la Cour ne contribue pas à atténuer et que s'explique par les problèmes financiers qui accompagnent un mécanisme judiciaire gigantesque, où la complexité extrême des procédures implique un emploi de ressources extraordinaire. En 2007, l'A.E.P., en consultation avec le Greffe, a publié un Rapport qui illustre la situation budgétaire d'une instance qui se caractérise par un droit et une pratique tout à fait nouveau, avec lequel le conseil doit se confronter¹⁵⁷⁸. En raison des caractéristiques spécifiques à cette instance juridictionnelle, le conseil est chargé d'une masse de tâches qui ne font pas partie de son activité au niveau national. Par exemple, les aspects accusatoires de la procédure imposent au conseil d'effectuer une activité d'investigation dans des pays parfois étrangers, où le Procureur dispose d'une équipe formée de centaines de fonctionnaires alors que l'aide financière réservée à la défense va au bénéfice d'une équipe se composant d'une dizaine de personnes, parmi lesquelles un conseil principal, un co-conseil, un *case-manager*, un juriste, des stagiaires – qui normalement ne sont pas rétribués – et d'autres professionnels, comme l'enquêteur, selon les phases différentes de la procédure. Il est donc évident que les ressources financières dédiées à la défense ne sont pas comparables à celles du Procureur, alors que l'ampleur et la complexité du dossier sont les mêmes pour les deux¹⁵⁷⁹. Le procès contre Lubanga a comporté des dépenses d'environ cinq millions d'euros, dont seulement une partie très réduite était destinée à la défense. Quelle est donc l'efficacité et l'effectivité de la défense dans une telle situation de marginalisation de la défense?

b. Le pouvoir du Greffier en matière de désignation d'office

¹⁵⁷⁷ C.P.I., *Le Procureur v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Chambre de première instance II, Résumé de la Décision relative à l'assistance juridique fournie à l'accusé, 20 octobre 2009, ICC-01/05-01/08-568.

¹⁵⁷⁸ Il y a des critères pour le calcul des frais et des honoraires qui indiquaient au Greffe de fixer un taux de 100 euros par heure avec un plafond de 700 euros par jour et 8864 euros par mois ; « Rapport sur le fonctionnement du système d'aide judiciaire de la Cour et propositions d'ajustement », ASP-07-0312, 2007, § 11. Au cours des années il y a eu une baisse du plafond pour la rémunération des conseils des accusés indigents.

¹⁵⁷⁹ Uniquement le 6,5% du budget total de la Cour est consacré à la défense.

En ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire du Greffe en matière de désignation d'office, la période nécessaire pour vérifier l'indigence de l'accusé peut l'autoriser à commettre un conseil d'office à titre temporaire, désigné sans être obligé de se conformer à la volonté de l'accusé. Force est de constater que, cette désignation temporaire, survenue quand un conseil a été déjà choisi par l'accusé, rend plus expéditive et moins lourde une procédure visant à ne pas priver l'accusé d'une défense effective, même quand l'accusé a déjà formalisé son choix. Mais le pouvoir du Greffier lui permet même de révoquer le conseil – et ceci souligne encore une fois des pouvoirs qui se fondent sur sa fonction de garantie des intérêts de l'accusé –, sur demande motivée du conseil¹⁵⁸⁰, de l'accusé ou de la chambre, à condition de ne pas entraîner de retard dans la procédure¹⁵⁸¹. La révocation d'un conseil peut s'appuyer sur plusieurs raisons, telle que la perte de confiance entre le conseil et l'accusé, le manque d'information sur l'état de la procédure ou le manque de consultation sur la stratégie à adopter. La révocation peut également venir d'un ordre de la chambre, qui peut juger la défense inefficace ou peut décider de censurer le comportement du conseil¹⁵⁸². Dans le cas d'une demande de révocation provenant de l'accusé, c'est sur celui-ci que le fardeau de la preuve incombe, puisqu'il doit démontrer que sa demande se fonde sur une cause juste¹⁵⁸³. Il faut souligner qu'en tous cas, la nécessité de démontrer le bien-fondé de la demande de révocation, qu'elle provienne de l'accusé ou du conseil, se justifie par le but de garantir le respect du procès équitable et des droits de la défense, qui serait empêché par la désignation d'un conseil contraire à la volonté de l'accusé ou par la preuve d'une manque d'efficacité de la défense, même d'une défense légitimée par le consentement de l'accusé. En effet, l'obligation d'une justification fondée et raisonnable se base sur la nécessité d'éviter que des révocations continuelles de la part de l'accusé ne se transforment en un outil stratégique aboutissant à provoquer un retard excessif et injustifié du procès.

B. Le garant de l'accusé

La fonction institutionnelle du Greffe ne se limite pas à garantir la défense tout court de manière impartiale, mais permet de protéger personnellement l'accusé de manière indirecte aussi bien en ce qui concerne des aspects pratiques du procès, notamment en matière de preuve (1), qu'en matière de détention (2).

¹⁵⁸⁰ Dans l'affaire Lubanga, avant le début du procès, le conseil a démissionné sur la base de raisons personnelles que la Cour a jugées suffisantes pour sa révocation.

¹⁵⁸¹ A.-C. SIMOES DE SILVA, *ibid.*, pp. 898-900

¹⁵⁸² Voy. l'ordonnance du 22 avril 1997 ordonnant le retrait d'un conseil commis désigné d'office dans l'affaire *Tadic*, IT-94-1.

¹⁵⁸³ La Chambre a demandé la preuve de la juste cause dans l'affaire *Celebici*, voy. Order on the Request by the Accused, Esad Landzo, for Withdrawal of Lead Counsel, 21 avril 1997, IT-96-21.

1. La fonction de garantie du Greffe dans le cadre du procès

Le Greffier est le garant de la dignité de l'audience à laquelle il assure le déroulement régulier à travers la mise à disposition d'instruments techniques **(a)** et l'applicabilité de toute procédure pratique pour faciliter la défense **(b)**.

a. Les garanties en matière de gestion et conservation de la preuve

Le R.G. attribue au Greffier beaucoup de tâches en matière de preuve, plus particulièrement en matière de: conservation et formation de la preuve, tenue du dossier, réception des documents déposés et des informations fournies par les participants, service de traduction et interprétation, transcription des débats, rédaction des procès-verbaux et ainsi de suite. Le R.G. illustre également les modalités d'accès aux témoignages, documents et tout élément de preuve de la part de l'accusé, dont les originaux et les enregistrements sonores et vidéos sont conservés par le Greffe, qui les rend disponibles à la défense pour toute consultation¹⁵⁸⁴. Sur demande, ils sont fournis gratuitement en copie¹⁵⁸⁵. Le Greffe peut permettre à l'accusé et à son conseil l'accès au système informatique, mais l'expression « le cas échéant » indique l'accès en termes de faculté et non de droit, attribuant au Greffier une marge d'appréciation plutôt large, car la dictée littérale présente une portée particulièrement vague, qui risque en fait de limiter l'égalité des armes en matière d'accès à la preuve¹⁵⁸⁶.

Aux fins de la preuve, en outre, l'assistance que le R.G. assure aux témoins est très importante, et même aux témoins de la défense. La protection offerte par le Chapitre III continue à être assurée après leur déposition¹⁵⁸⁷, grâce au soutien donné par la Division d'aide aux victimes et aux témoins¹⁵⁸⁸, une unité créée par le Greffier¹⁵⁸⁹. Il s'agit d'une garantie qui vise à encourager les témoins et à favoriser la genuinité du témoignage. Toutefois, la protection des témoins de la part de la Division est conditionnée par la consultation avec le Bureau du Procureur sans considérer la défense¹⁵⁹⁰, bien que la Division soit chargée de s'occuper tant des témoins de l'accusation que de la défense; il est évident que cette discrimination affecte l'équité et, dans le même esprit

¹⁵⁸⁴ C.P.I., norme 16 R.G.

¹⁵⁸⁵ *Ibid.*, norme 17 R.G.

¹⁵⁸⁶ *Ibid.*, norme 2(3)(b) R.G.

¹⁵⁸⁷ C.P.I., normes 94, 95 et 96 R.G.

¹⁵⁸⁸ W.-A. Schabas, *International Criminal Court, op. cit.*, p. 174.

¹⁵⁸⁹ C.P.I., art. 43(6).

¹⁵⁹⁰ *Ibid.*

d'exclusion, il faut entendre la normative autorisant la Division pour les victimes et les témoins, qui donne des conseils en matière de protection uniquement à la Cour et au Procureur¹⁵⁹¹. Les modalités et les limites de l'interaction entre cette Division et la défense démontrent une certaine inégalité entre accusation et défense, qui pourrait néanmoins être contenue par la vigilance du Greffier.

Un autre aspect du R.G. où l'égalité des armes semblerait être mise en danger concerne la *disclosure*, plus spécifiquement le maintien de la confidentialité des informations et des communications susceptibles de mettre en jeu la sécurité de la victime ou du témoin. En l'espèce, toute restriction liée à la communication d'informations à la défense – l'accès de la défense à l'information étant toujours conditionné par le niveau de confidentialité de celle-ci¹⁵⁹² - reste subordonnée à l'évaluation du risque de la part du Greffier. Le Greffier a donc un pouvoir presque absolu en matière de divulgation, qu'il peut exercer aussi bien de manière autonome¹⁵⁹³ que suite à la demande de confidentialité émanant de la victime¹⁵⁹⁴. Dans ce dernier cas, bien que la décision finale incombe à la Chambre, elle ne peut que fonder sa décision sur les argumentations données par la victime et les considérations subjectives du Greffier¹⁵⁹⁵. Donc le discrétionnaire du Greffier à cet égard lui donne la possibilité de demander à la Chambre la non divulgation de certaines informations au lieu d'autres¹⁵⁹⁶, ce qui implique un pouvoir considérable du Greffier par rapport à des choix qu'il doit exercer d'une manière la plus objective possible, une qualité pas toujours simple à démontrer.

b. Les garanties au cours des débats

Les reflets pratiques que les tâches administratives du Greffier ont sur les droits de l'accusé émergent surtout au cours des débats, où les aspects techniques de la procédure traduisent les intérêts de l'accusé sur le terrain de la pratique. En effet, dans le cadre de l'audience, il peut s'avérer que des problèmes techniques affectent les droits de la défense. A cet égard, la norme 41 du R.G. en matière d'enregistrement sonore et vidéo des audiences assure une reproduction fidèle de ce qui effectivement se déroule au prétoire¹⁵⁹⁷ et la norme 42 assure que de l'enregistrement soient exclues les séquences montrant les conversations privées entre le conseil et son assisté, et

¹⁵⁹¹ *Ibid.*, art. 68(4).

¹⁵⁹² *Ibid.*, norme 108 R.G.

¹⁵⁹³ *Ibid.*, norme 97(1) R.G.

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*, norme 99(1) R.G.

¹⁵⁹⁵ *Ibid.*, norme 99(4) R.G.

¹⁵⁹⁶ *Ibid.*, norme 100(3) R.G.

¹⁵⁹⁷ *Ibid.*, norme 41(1)(2) R.G.

entre le conseil et ses assistants¹⁵⁹⁸, alors que la norme 43 garantit le fait que certaines informations révélées à l'audience ne soient pas rendues publiques, si elles présentent un risque personnel. A cet égard, nous retenons que l'expression « ...d'autres personnes » utilisée génériquement par la norme ne peut être lue dans le sens d'exclure l'accusé¹⁵⁹⁹. En outre, il est possible d'obtenir des versions révisées des traductions, afin d'assurer que ce qui se déroule à l'audience soit interprété et traduit fidèlement et ne soit pas affecté par la présence d'erreurs, qui peuvent nuire à l'accusé et plus en général, à la recherche de la vérité¹⁶⁰⁰.

En matière de témoignage et de participation à l'audience par liaison audio ou vidéo, le R.G. garantit à l'accusé et à son conseil le droit d'entendre et de voir le témoin¹⁶⁰¹. Dans le cadre de cette modalité de participation, il est en outre mis à disposition une liaison téléphonique directe avec le conseil « *en plus de la liaison normale* », ce qui indique le droit à une liaison téléphonique confidentielle offerte au-delà de la liaison publique. Il s'agit d'une manière ultérieure de garantir la dialectique contradictoire entre les parties au cours de l'audience. En revanche, en matière d'instruments techniques et de présentation à l'audience des éléments de preuve et des témoins, le R.G. prescrit le dépôt du matériel probatoire en version électronique auprès du Greffe au moins trois jours ouvrables entiers avant l'audience¹⁶⁰² et la communication au Greffier d'audience des noms des témoins au moins un jour ouvrable entier avant l'audience¹⁶⁰³. Le respect des termes indiqués permet la dialectique contradictoire, donnant aux parties la possibilité de prendre connaissance des éléments de preuve qui seront présentés. Un délai de trois jours est offert pour la consultation, pour la préparation de la défense et pour l'adaptation de la stratégie à la nouvelle situation probatoire, grâce aux facilités nécessaires prescrites par l'art. 67(1)(b). Au cas de présentation de témoins, la partie jouit de la possibilité de rechercher le témoin jusqu'au maximum un jour avant l'audience.

2. Les fonctions de garantie du Greffe en matière de privation de la liberté

Le détenu est protégé par le Greffier aussi bien avant qu'après le procès, dans le cas d'une condamnation. De plus, une série de droits s'appliquent tout au long de sa détention **(a)**. Même lorsqu'il est sanctionné, il ne perd pas les droits que le R.G. lui assure **(b)**.

¹⁵⁹⁸ *Ibid.*, norme 42(3) R.G.

¹⁵⁹⁹ *Ibid.*, norme 43(3) R.G.

¹⁶⁰⁰ *Ibid.*, norme 65(5) R.G.

¹⁶⁰¹ *Ibid.*, normes 46-47 R.G.

¹⁶⁰² *Ibid.*, norme 52(2) R.G.

¹⁶⁰³ *Ibid.*, norme 55(2) R.G.

a. Les droits du détenu

i. L'arrivée du justiciable au quartier pénitentiaire de Scheveningen

Le R.G. contient donc plusieurs normes consacrées à l'accusé détenu¹⁶⁰⁴, qui s'appliquent aussi bien au cas de détention avant procès que, *mutatis mutandis*, de détention faisant suite à condamnation¹⁶⁰⁵. En particulier, surtout en matière de détention avant procès, le R.G. contient des dispositions cruciales pour la protection de la personne destinataire d'une demande d'arrestation, de remise à la Cour ou d'une citation à comparaître. La Section 3 du Chapitre 2 garanti la régularité des procédures applicables en tout cas d'application de mesures privatives ou restrictives de la liberté de la personne suspectée ou accusée, la détention étant une condition rendant la personne particulièrement vulnérable¹⁶⁰⁶. En particulier, les normes 76, 77 et 78 attribuent au Greffier le devoir, entre autres, de s'informer sur l'état de santé physique de la personne arrêtée, de s'assurer qu'elle ne présente aucun signe manifeste de mauvais traitement¹⁶⁰⁷, de vérifier qu'elle a été informée de ses droits, qu'elle bénéficie d'un représentant légal et, le cas échéant, de l'assistance d'un interprète. En manque de ces critères, il s'assure que lui soit commis un conseil pour exercer ses droits pendant la détention¹⁶⁰⁸; après sa désignation, le Greffier délivre un permis de visite du conseil¹⁶⁰⁹; après avoir informé la Chambre préliminaire de toute demande de désignation d'un conseil et/ou de remise en liberté provisoire¹⁶¹⁰. A travers le Greffier le transport de la personne au quartier pénitentiaire peut garantir le respect de certaines préconditions aptes à la soustraire à toute forme de publicité ou à la curiosité du public et empêcher qu'elle puisse subir tout insulte et atteinte physique et morale¹⁶¹¹.

En outre, en matière d'assistance légale, le détenu peut consulter la liste des conseils de la Cour que le Greffier met à la disposition du chef du quartier pénitentiaire¹⁶¹². En effet, dès son arrivée au quartier pénitentiaire, le détenu reçoit promptement, par le soin du Greffier la liste des représentants diplomatiques et consulaires¹⁶¹³. De plus, le fonctionnaire du quartier pénitentiaire remet au détenu un dossier contenant les copies du mandat d'arrêt, du Statut et des autres

¹⁶⁰⁴ Particulièrement la Section 2 du Chapitre 5.

¹⁶⁰⁵ C.P.I., norme 223 R.G.

¹⁶⁰⁶ A cet égard, voy. H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *Droit international pénal*, *op. cit.*, Deuxième édition, pp. 989-992.

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*, norme 186 R.G.

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*, norme 77(1)(f)(g)(h)(i) R.G.

¹⁶⁰⁹ *Ibid.*, norme 178 R.G.

¹⁶¹⁰ *Ibid.*, norme 76(d) R.G.

¹⁶¹¹ *Ibid.*, norme 200 R.G.

¹⁶¹² *Ibid.*, norme 151 R.G.

¹⁶¹³ *Ibid.*, norme 152 R.G.

documents de la Cour. Il lui est garanti sa prompte comparution devant la Chambre préliminaire, après avoir reçu lecture à voix haute de ses droits et, après avoir reçu la traduction dans une langue qu'il comprend des articles 55, 58, 59, 60, 61, 67 et de la règle 117. De plus, le détenu a la possibilité de contacter promptement, aux frais de la Cour, son conseil, sa famille, le représentant consulaire et toute autre personne dont l'indication est jugée appropriée par le chef du quartier pénitentiaire. Des heures sont établies pour les visites¹⁶¹⁴ et les appels téléphoniques¹⁶¹⁵. Enfin, il faut que, à son arrivée et tout au long de sa détention, le détenu ne présente aucun signe manifeste de mauvais traitement¹⁶¹⁶.

Une série de garanties sont prévues par le R.G. en ce qui concerne la fouille de la personne détenue, chose permise seulement en cas de recherche d'objets dangereux pour la sécurité et le bon ordre du quartier pénitentiaire ou pour la protection de toute personne présente dans les lieux. La surveillance vidéo des cellules suit les mêmes critères de garantie et limitations¹⁶¹⁷. La fouille de la cellule doit être effectuée en présence du détenu, qui doit être informé de toute éventuelle confiscation d'objets interdits¹⁶¹⁸. L'inspection corporelle a lieu sans tenir compte des diversités culturelles en matière de vêtement, mais le détenu ne peut jamais rester entièrement dévêtu. L'inspection peut s'effectuer à la seule présence d'employés du même sexe que le détenu inspecté et la bouche est la seule cavité corporelle pouvant être inspectée visuellement de l'extérieur. L'emploi de la force est prévu uniquement au cas de refus du détenu, mais, puisqu'il s'agit d'une pratique humiliante, elle doit se maintenir limitée – « *la force minimum nécessaire* » -, afin d'éviter toute fouille arbitraire susceptible d'affecter la dignité de la personne¹⁶¹⁹.

ii. La protection du bien-être physique et mental du détenu

Le R.G. protège également le bien-être spirituel et la santé physique et mentale de la personne détenue et, à cette fin, le document attribue au Greffier la tâche de prendre tout arrangement nécessaire pour permettre qu'un ministre de culte visite le détenu¹⁶²⁰, qu'une équipe médicale soit présente dans le quartier pénitentiaire¹⁶²¹ et que la personne soit examinée en privé¹⁶²². Pour des raisons de santé et de protection de la dignité du détenu, son hygiène personnelle n'est pas simplement un droit mais un devoir du détenu, lequel devra en tout cas éviter certains vêtements

¹⁶¹⁴ *Ibid.*, norme 177 R.G.

¹⁶¹⁵ *Ibid.*, norme 173 R.G.

¹⁶¹⁶ *Ibid.*, norme 186 R.G.

¹⁶¹⁷ *Ibid.*, norme 196 R.G.

¹⁶¹⁸ *Ibid.*, norme 195 R.G.

¹⁶¹⁹ *Ibid.*, norme 194 R.G.

¹⁶²⁰ *Ibid.*, norme 153 R.G.

¹⁶²¹ *Ibid.*, normes 154, 155 et 162 R.G.

¹⁶²² *Ibid.*, norme 190 R.G.

susceptibles de nuire de quelque façon à la sécurité et au bon ordre du quartier pénitentiaire. Pour les mêmes raisons, le détenu a droit à une nourriture conforme à des critères de qualité et de quantité¹⁶²³. Pour favoriser ses conditions de santé, le détenu peut faire du sport¹⁶²⁴ et jouir d'espaces communs réservés aux activités sociales et éducatives¹⁶²⁵, puisque le Greffier met en place un programme d'éducation physique, de sport, loisir et même un programme de travail facultatif pour la rééducation sociale du détenu¹⁶²⁶; en outre, il peut porter plainte, lorsque l'accès du représentant de culte au quartier pénitentiaire est nié¹⁶²⁷. En fait, il s'agit d'un droit concernant, toute décision intervenue pendant la détention, en vertu d'une sorte de droit à la justice attribué au détenu dans la phase de l'exécution de la peine.

Pour préserver la confidentialité sur ses conditions de santé, le R.G. interdit à toute personne l'accès au dossier médical du détenu, à l'exception du médecin du quartier pénitentiaire, qui y a accès dès l'arrivée du détenu¹⁶²⁸. Seulement la Chambre, si elle le demande et après que le détenu a manifesté son consentement, peut y avoir accès suite à une remise sous pli scellé de la part du Greffier¹⁶²⁹. En revanche, la Chambre sera simplement informée par le Greffier de tout refus du détenu, sans qu'aucune contrainte soit exercée à cet égard¹⁶³⁰. En effet, en tout cas de manque du consentement du détenu, la Chambre peut avoir accès aux informations médicales uniquement si le médecin du quartier pénitentiaire estime que la condition du détenu peut menacer sa propre santé et sécurité ou celle d'autres personnes présentes au quartier pénitentiaire¹⁶³¹; au cas d'incapacité du détenu de prendre une décision concernant l'accès à son dossier médical, le Greffier désigne la personne que le détenu aura indiquée pour le représenter pour toute situation d'urgence¹⁶³². Des dispositions spéciales protègent les droits des détenus handicapés et des détenus dont les nourrissons ont été autorisés à loger au quartier pénitentiaire avec leurs parents, pour cela le détenu aura à disposition des logements appropriés¹⁶³³. Pour éviter de porter atteinte à l'unité familiale du détenu, le R.G. met à sa disposition des locaux réservés aux visites privées des conjoints ou des partenaires, à partir d'un mois après le début de la détention¹⁶³⁴. En tout cas, le respect de la dignité

¹⁶²³ *Ibid.*, norme 199 R.G.

¹⁶²⁴ *Ibid.*, norme 165 R.G.

¹⁶²⁵ *Ibid.*, norme 164 R.G.

¹⁶²⁶ *Ibid.*, norme 163 R.G.

¹⁶²⁷ *Ibid.*, norme 153(4) R.G.

¹⁶²⁸ *Ibid.*, normes 154 et 155 R.G.

¹⁶²⁹ *Ibid.*, norme 156(4) R.G.

¹⁶³⁰ *Ibid.*, norme 156(5) R.G.

¹⁶³¹ *Ibid.*, norme 156(3) R.G.

¹⁶³² *Ibid.*, normes 186(2)(i) et 156(6) R.G.

¹⁶³³ *Ibid.*, normes 160 et 161 R.G.

¹⁶³⁴ *Ibid.*, norme 185 R.G.

du détenu est toujours préservée par le R.G., conformément aux normes internationales reconnues en matière de conditions de détention¹⁶³⁵.

b. Les sanctions disciplinaires contre le détenu

i. La restriction du droits de communiquer avec l'extérieur

Le détenu aura des restrictions sur les courriers, les appels téléphoniques, les visites et subira des restrictions au droits de communiquer avec l'extérieur quand l'exercice de son droit est contraire au R.G., à tous les autres règlements ou à une ordonnance de la Chambre ; en outre, son droit de communiquer avec l'extérieur sera limité quand il existe un risque d'évasion, quand le détenu entend nuire ou intimider le témoin ou porter atteinte à l'administration de la justice et plus en général, quand son comportement menace le maintien de la sécurité et du bon ordre du quartier pénitentiaire¹⁶³⁶. A cet égard, on peut noter que la normative est loin d'être générique et la même considération concerne également le régime de la correspondance privée. En effet, il y a une obligation de non-divulgaration des courriers¹⁶³⁷, qui toutefois sont examinés par le chef du quartier pénitentiaire¹⁶³⁸. Quant aux appels téléphoniques, la personne détenue est mise au courant de la surveillance passive des appels¹⁶³⁹, quand l'écoute n'est pas simultanée à l'enregistrement. En revanche, la surveillance active peut être ordonnée exclusivement par le Greffier¹⁶⁴⁰ pour des raisons graves telle que par exemple l'organisation d'une évasion, l'atteinte à la sécurité publique ou l'intimidation de témoins¹⁶⁴¹. Les visites font l'objet de surveillance vidéo et se déroulent sous les yeux du personnel du quartier pénitentiaire qui doit pouvoir entendre les discussions. Une protection particulière est dédiée aux rencontres et à toute communication, qu'elle soit écrite ou téléphonique, entre le détenu et le conseil, les représentants diplomatiques et consulaires, les représentants de l'autorité d'inspection indépendante et les représentants de la Cour, dont toute communication, en personne, par courrier ou par téléphone, restera secrète¹⁶⁴². Les communications par courrier ou par téléphone sont normalement effectuées aux frais de la personne détenue, mais elles peuvent être à charge de la Cour en cas d'indigence prouvée du détenu¹⁶⁴³.

ii. Les moyens de contrainte contre le détenu

¹⁶³⁵ Cf. par exemple la norme 193 sur le logement du détenu.

¹⁶³⁶ C.P.I., normes 169, 175, 180 R.G.

¹⁶³⁷ *Ibid.*, norme 171 R.G.

¹⁶³⁸ *Ibid.*, norme 168 R.G.

¹⁶³⁹ *Ibid.*, norme 174(3) R.G.

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*, norme 175(2) R.G.

¹⁶⁴¹ *Ibid.*, norme 174 R.G.

¹⁶⁴² *Ibid.*, normes 174(1), 182(1) et 183(1) R.G.

¹⁶⁴³ *Ibid.*, norme 176(1)(2) R.G.

Pour des raisons d'ordre public, la mesure de la ségrégation ne peut être ordonnée qu'en tant que sanction disciplinaire et ne peut être appliquée que si le médecin du quartier pénitentiaire confirme que la santé physique et mentale de la personne détenue peut tolérer cette mesure. Toutefois, le Greffier doit être informé de l'application de cette mesure dans les 24 heures, afin qu'il puisse, le cas échéant, annuler ou modifier les termes de la décision. En cas de confirmation, la ségrégation ne doit pas excéder les sept jours consécutifs avant d'être réexaminée. La mesure peut être également appliquée dans l'intérêt de la personne qui la subit, afin de la protéger et de l'éloigner des autres détenus¹⁶⁴⁴. Des limitations sont toutefois prévues en ce qui concerne l'usage d'instruments de contrainte, comme les menottes, les camisoles de force, les fers et les chaînes, qui peuvent être utilisés pour protéger le détenu ou toute autre personne, pour des raisons médicales et pour éviter l'évasion ; ces instruments ne peuvent jamais être utilisés à titre de mesures disciplinaires¹⁶⁴⁵, car le recours à la force reste toujours le « dernier ressort » pour rétablir l'ordre et neutraliser le détenu selon des critères de proportionnalité et nécessité. En effet, conformément à ces critères, la force peut être justifiée exclusivement dans trois cas : prévenir une évasion, pour légitime défense ou résistance à un ordre¹⁶⁴⁶. En tout cas de recours à la force, le détenu sera examiné par le médecin et le résultat de l'examen, conjointement à toute déclaration du détenu, sera transmis au chef du quartier pénitentiaire, au Greffier et au Président de la Cour. Une copie de la documentation sera enfin donnée au détenu, qui pourra introduire une plainte¹⁶⁴⁷.

iii. La procédure disciplinaire équitable

En matière de mesures disciplinaires, la Section 4 du Chapitre 5 du R.G. assure au détenu des droits tout à fait analogues aux droits de l'accusé au cours du procès et toute sanction disciplinaire doit faire suite à une procédure conforme aux règles du procès équitable¹⁶⁴⁸. Le détenu, en outre, ne pourra jamais être sanctionné deux fois pour la même infraction, ce qui évoque le principe *ne bis in idem*¹⁶⁴⁹. De plus, la norme 207 prévoit une série de conduites indiquées comme infractions donnant lieu à l'application d'une sanction disciplinaire, ce qui évoque le principe de légalité¹⁶⁵⁰. Quant aux sanctions, la norme 211 établit les mesures disciplinaires applicables, que, dans le respect du principe de légalité de la peine, peuvent être : la confiscation, la diminution ou la suppression de privilèges – télévision, radio, livre etc. – pour une période non supérieure à sept jours, l'avertissement verbal ou écrit, la notification écrite avec sursis - prenant effet dans les trois mois

¹⁶⁴⁴ *Ibid.*, norme 201 R.G.

¹⁶⁴⁵ *Ibid.*, norme 203(1)(2) R.G.

¹⁶⁴⁶ *Ibid.*, norme 204(1)(2) R.G.

¹⁶⁴⁷ *Ibid.*, norme 204 R.G.

¹⁶⁴⁸ *Ibid.*, norme 208 R.G.

¹⁶⁴⁹ *Ibid.*, norme 206 R.G.

¹⁶⁵⁰ *Ibid.*, norme 207 R.G.

suiuants après la nouvelle infraction -, la perte d'éuents revenus du travail et le confinement en cellule, sont actés ctexclusiuement en présence d'un risque pour la sûreté de quelqu'un et, plus en général, lorsqu'il faut maintenir l'ordre et la sécurité du quartier pénitentiaire.

Toutefois, il existe une certaine porosité de la normative, en particulier la norme 212, prescriuant que l'isolement ne doit jamais être utilisé comme mesure disciplinaire, alors que l'alinéa f) de la norme précédente indique le confinement en cellule parmi les mesures disciplinaires¹⁶⁵¹. En reuanche, le droit du détenu de porter plainte contre la sanction et d'obtenir l'ordre de sortir de la part du Président donne la garantie d'un contrôle supérieur provenant de l'extérieur du quartier pénitentiaire¹⁶⁵². Comme les articles 55 et 67, la norme 210 concernant la conduite de l'enquête en matière disciplinaire contient l'indication de toute une série de droits dont la personne accusée d'auoir commis une infraction disciplinaire jouit, en particulier : être informée de l'accusation portée contre elle et connaître les preuves au moins 24 heures auant d'être entendue par le chef du quartier pénitentiaire ; disposer du temps nécessaire pour préparer sa défense ; disposer, le cas échéant, du service d'un interprète ; se défendre contre toute allégation, citer des témoins à décharge et contre-interroger les témoins à charge¹⁶⁵³ ; disposer, dès que possible, du dossier d'enquête dans une langue qu'elle comprend et parle parfaitement¹⁶⁵⁴ ; s'adresser au Greffier dans un délai de 24 heures après la notification de la mesure disciplinaire, afin que celui-ci se prononce dans les trois jours calendaires suivants ; désigner un conseil et, lorsqu'elle n'a pas de conseil, auoir un conseil de permanence commis d'office¹⁶⁵⁵. Si la décision du Greffier est défauorable, le détenu a le droit de connaître les raisons et de s'adresser au Président¹⁶⁵⁶ ; toutefois, lorsque la décision est fauorable, la sanction sera annulée selon le type de mesure adoptée – restitution de l'objet confisqué, remboursement de l'amende infligée, annulation de l'avertissement et terme du confinement dans la cellule -¹⁶⁵⁷. Malgré la précision des droits, il faut observer que le R.G. n'indique aucune réparation pour le dommage moral et matériel subi à cause d'une ségrégation injustement infligée, une lacune qui nous semble regrettable.

¹⁶⁵¹ *Ibid.*, norme 212(1) R.G.

¹⁶⁵² *Ibid.*, norme 212(9) R.G. et Section 5.

¹⁶⁵³ *Ibid.*, norme 210 R.G.

¹⁶⁵⁴ *Ibid.*, norme 212(2) R.G.

¹⁶⁵⁵ *Ibid.*, norme 215 R.G.

¹⁶⁵⁶ *Ibid.*, normes 216 et 221 R.G.

¹⁶⁵⁷ *Ibid.*, norme 215(8) R.G.

CONCLUSION CHAPITRE II

Le R.P.P. est le document qui, par le biais d'une normative plus détaillée des règles procédurales, traduit mieux dans la pratique la normative technique-procédurale du Statut de Rome. Mais d'autres documents officiels composent et complètent en détail la normative du Statut, selon une hiérarchie qui voit à sa première place le texte fondateur de la Cour, auquel tous les autres règlements doivent se conformer. Le critère hiérarchique est confirmé par l'art 21 en matière source applicables, où le C.C.P.C. n'est pas mentionné. Garantissant la conduite professionnelle des conseils, il semble ne pas avoir une incidence directe sur les droits de la défense, toutefois nous considérons que le C.C.P.C. a une très forte influence sur les droits de la défense, étant donné la nature particulière de ce document, qui est destiné uniquement aux conseils et non aux organes de la Cour.

CONCLUSION TITRE I

Le Statut de Rome indique donc les standards de garanties minimales et élémentaires, qui toutefois n'excluent pas d'autres droits. Sur le plan formel, l'énumération des instruments de garantie dote l'accusé d'une carapace en mesure de contraster l'accusation, mais dans la pratique il ne s'agit que d'une protection éphémère, fondée sur une égalité illusoire. L'égalité entre accusation et défense est simplement théorique au sein de la Cour et cela est démontré implicitement par le manque d'une dignité institutionnelle de la défense. Au-delà de l'arsenal des garanties attachées à la défense, le modèle procédural de la C.P.I. souligne la faiblesse du rapport entre accusation et défense, qui reste trop déséquilibré et asymétrique. La défense est absente en tant qu'organe officiel de la Cour, où un bureau consacré uniquement à la défense n'existe pas. Ayant pour but de soutenir la défense devant la C.P.I., le B.C.P.D. reste une tentative échouée de réalisation d'une égalité effective entre les deux parties antagonistes. Le B.C.P.D. ne contribue qu'en partie à mitiger l'inégalité entre accusation et défense du fait de ses limites fonctionnelles et institutionnelles, ne figurant pas parmi les organes de la Cour. D'ailleurs, le support fourni par la Section d'appui à la Défense, malgré son rôle actif, ne contribue pas à réaliser un équilibre en termes plus favorables à la défense. Il faut enfin ajouter que le manque d'un organisme unitaire représentatif des avocats de la C.P.I. peut avoir une double interprétation, positive ou négative, pour cela il reste un problème chronique attaché à la défense.

TITRE II. L'APPORT DU SYSTEME DE ROME A L'EQUITE DU PROCES PENAL INTERNATIONAL

Le rapport entre l'accusé et la victime a toujours été problématique au sein du procès pénal international, la présence de la victime étant une conquête plutôt récente. Devant la Cour, elle a finalement la possibilité de démontrer l'existence d'un dommage et produire tout preuve apte à démontrer son intérêt dans l'affaire. Dans ce cadre nouveau, la présence de la victime au procès implique parfois des restrictions pour l'accusé, telle que l'audience *ex-parte*, le huis clos, le témoignage anonyme et la confidentialité des éléments de preuve de l'accusation. L'accusation peut demander la protection de l'identité des victimes et des témoins, dont le nom et l'image peuvent être cachés au public, d'autres fois elle peut demander la non révélation de certaines informations confidentielles. Dans ces cas, l'accusé n'a pas la possibilité de connaître exactement la portée et la nature des accusations contre lui, avec la conséquence qu'il ne sera pas en mesure d'y répondre valablement. D telles situations représentent un risque pour la défense et pour l'équité du procès, surtout lorsqu'elles ne reçoivent pas de normative ni de limitations précises. Quel est donc le mécanisme mis en place par la C.P.I. pour attribuer et respecter les droits des victimes sans enfreindre les droits de l'accusé (**Chapitre I**) ?

La création du Tribunal Spécial pour le Liban (T.S.L.), en 2007, alimente une série de réflexions sur le respect effectif des droits de l'accusé. Il s'agit de la seule juridiction successive à la C.P.I. qui, en tant qu'instance permanente, avait comme mission d'arrêter l'accès à une justice pénale internationale « exceptionnelle » ou « spéciale ». La Cour aurait dû représenter un modèle définitif et indiscutable de respect des standards des droits de la défense, mais la réalité s'avère davantage complexe et soulève des questions : dans quelle mesure une juridiction nouvelle et particulière comme le T.S.L. remet en cause et déstabilise l'architecture de principes et droits de la défense au sein du procès pénal international (**Chapitre II**) ?

CHAPITRE I – LES EFFETS EXTERIEURS AU SYSTEME DE GARANTIE DE LA DEFENSE : UNE COMPARAISON AVEC LES DROITS DES VICTIMES

La participation des victimes au procès est une prérogative de la C.P.I. et représente un véritable progrès de la justice pénale internationale. La possibilité de prendre partie pendant toute la procédure a introduit une normative complexe, qui permet à la victime non seulement sa participation, mais également sa protection et la réparation pour tout dommage subi (**Section I**).

Mais la réalité du procès et la nécessité de protéger la victime risque parfois de menacer la défense (Section II).

Section II. Les droits des victimes

Le procès devant la C.P.I. n'a pas permis à la victime uniquement sa participation (§ 1), mais l'a en même temps dotée de droits aptes à lui garantir un procès équitable (§ 2).

§ 1. La participation des victimes au procès

La justice pénale internationale a progressé lentement en faveur de la victime (A), qui devant la Cour jouit de tous moyens et facilités nécessaires pour réaliser ses droits et poursuivre ses intérêts personnels (B).

A. La victime et la justice pénale internationale

L'expérience de Nuremberg, et ensuite des Tribunaux *ad hoc*, représentaient une justice lacunaire à l'égard de la victime (1), qui devant la Cour se positionne conformément au statut que le R.P.P lui donne (2).

1. Une justice lacunaire

Selon M. Chiavario, l'accusé n'est pas le seul protagoniste d'une scène qui « *ne devrait pas empêcher de saisir d'autres points de vue, souvent cachés à cause d'une attention trop axée sur un seul personnage* »¹⁶⁵⁸. En effet, à l'époque de Nuremberg et Tokyo, le but de la justice pénale internationale résidait principalement dans la lutte à l'impunité et donc, dans la punition des grands criminels de l'histoire¹⁶⁵⁹, mais cela s'accomplissait selon une procédure qui excluait les victimes, leur présence étant admise au procès uniquement en tant que témoins. La conjugaison entre le but de punir et l'intérêt de la victime était uniquement la sanction. L'une des nouveautés les plus

¹⁶⁵⁸ M. CHIAVARIO, « *Droits de l'accusé... et autres dans la perspective de la justice pénale internationale* », in M. CHIAVARIO, *La justice pénale internationale entre passé et avenir* », *op. cit.*, pp. 329-330.

¹⁶⁵⁹ En la matière voy. G.-M. MABANGA, *La victime devant la Cour pénale internationale. Partie ou participant ?*, L'Harmattan, Paris, 2009; A.-T. LEMASSON, *La victime devant la justice pénale internationale*, PULIM, Limoges, 2012 ; S. EMER, *La société des victimes*, La Découverte, Paris, 2006.

importantes prévues par le Statut de Rome est la reconnaissance concrète des droits des victimes tout comme ceux de l'accusé¹⁶⁶⁰.

A l'exception de certaines juridictions où la participation des victimes au procès est admise, comme le T.S.L.¹⁶⁶¹, où elles participent sans se constituer parties civiles, ou les Chambres Extraordinaires auprès des Tribunaux Cambodgiens¹⁶⁶², où la victime a la possibilité de se constituer partie civile, mais selon des modalités très contestées – leur participation étant fortement limitée –, la C.P.I. est la première juridiction pénale qui prévoit une vraie participation de la victime au procès¹⁶⁶³. Il s'agit certainement d'une innovation remarquable qui représente le symptôme d'une sensibilité plus importante envers la victime dans le milieu de la justice pénale internationale. D'ailleurs, les Etats signataires du Statut de Rome ont décrété la centralité du rôle de la victime des *delicta juris gentium*, en soulignant d'avoir à l'esprit « ...qu'au cours de ce siècle, des millions d'enfants, de femmes et d'hommes ont été victimes d'atrocités qui défient l'imagination et heurtent profondément la conscience humaine »¹⁶⁶⁴.

La progressive attention vers la victime a donc fait émerger la nécessité d'une élaboration normative permettant son entrée au sein du procès pénal international et sa protection effective¹⁶⁶⁵. La protection comprend une série de mesures visant à garantir son droit général à la justice et son droit spécifique à la réparation. De plus, la protection de la victime s'étend à sa famille, et assure le respect de la dignité par le truchement de mesures capables de protéger son intégrité physique et morale. Elle a en outre le droit à un rôle actif, à être informée et à apporter sa contribution probatoire au sein de la poursuite¹⁶⁶⁶.

Le but de la participation d'une victime peut être multiple, il s'agit principalement d'obtenir justice mais également de contribuer à reconstruire correctement les faits et à se voir accorder une

¹⁶⁶⁰ A.-T. LEMASSON, *ibid.*, p. 55 et s. ; G.-M. MABANGA, *ibid.*, p. 83 ss. ; P. DE GREIFF (ed.), *The handbook of reparations*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 451 et s.

¹⁶⁶¹ A.-T. LEMASSON, *ibid.*, p. 67 et s.

¹⁶⁶² *Ibid.* p. 72.

¹⁶⁶³ C.P.I., règle 89.

¹⁶⁶⁴ Préambule du Statut de Rome.

¹⁶⁶⁵ En 2005, l'A.G. des N.U. a adopté les *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*, afin d'établir les critères pour la réparation valables aussi bien au niveau national qu'international, pour les victimes des graves violations des droits de l'homme et du droit humanitaire. Rés. n. 60/147 du 16 décembre 2005.

¹⁶⁶⁶ Au niveau européen, l'attention envers les victimes s'est manifesté par le biais du "Livre vert sur la réparation des victimes de crimes" de la Commission des Communautés européennes (Bruxelles, 28 septembre 2001) et ensuite par la Directive n. 2004/80/Ce du Conseil européen du 29 avril 2004 en matière d'indemnisation, concernant surtout les victimes du terrorisme dans le cadre de l'U.E.

réparation. En vertu de ses droits, elle peut demander une indemnisation à titre de réparation pour les dommages matériels et moraux subis, mais peut également manifester ses points de vue et préoccupations¹⁶⁶⁷. Mais, la comparution au procès et les modalités de sa participation et de son interaction avec les autres parties doivent suivre certaines règles¹⁶⁶⁸, qui ne sont pas limitatives par rapport au mode de participation au procès, car elles reconnaissent surtout des droits spécifiques propres à la victime¹⁶⁶⁹.

Pour la première fois la protection de la victime au procès pénal international n'est donc pas simplement formelle mais substantielle. Le problème qui se pose est alors de rechercher une harmonisation entre deux intérêts opposés, qui puisse concilier deux catégories de droits indubitablement en opposition et susceptibles à tout moment d'entrer en conflit l'un avec l'autre, générant ainsi une fracture du procès équitable. En effet, l'entrée de la victime dans le procès doit tenir compte de l'accusé et de ses intérêts, car la victime jouit du droit d'intervenir à n'importe quel stade de la procédure, directement ou par le biais de son représentant légal. Sa présence néanmoins ne doit jamais porter préjudice à l'accusé et aux exigences d'un procès équitable et impartial.

2. Le statut de victime

Le rôle de la victime au sein du procès pénal pourrait être considéré simplement marginal et accessoire, dans la mesure où sa présence n'est pas obligatoire pour la validité du procès. Elle ne joue qu'un rôle extérieur à la dialectique entre les acteurs principaux, l'accusation et la défense, les seuls destinataires de l'égalité des armes. La capacité d'action de la victime est donc réduite dans le cadre du procès pénal et la plupart des principes à la base du procès équitable protègent surtout l'accusé et l'accusation. Dans cette perspective générale, les droits des victimes semblent plutôt négligés, ayant plus d'importance lorsqu'ils sont considérés comme droits à « caractère civil »¹⁶⁷⁰. Dans le cadre du procès devant la C.P.I., le problème est de préserver un équilibre fragile entre les intérêts de l'accusé et ceux des victimes, absentes devant les T.P.I.¹⁶⁷¹. Dans le cadre donc d'une symétrie entre les deux parties antagonistes traditionnelles, il faut ajouter le rôle double de la

¹⁶⁶⁷ J.-M. CHAUMONT, *La concurrence des victimes*, La Découverte, Paris, 2002; S. PELLET, « La place de la victime », in H. ASCENSIO/E. DECAUX/A. PELLET, *Droit international pénal*, Deuxième édition révisée, *op. cit.*, pp. 933-944.

¹⁶⁶⁸ G.-M. MABANGA, *La victime devant la Cour pénale internationale*, *op. cit.*, p. 84 et s.

¹⁶⁶⁹ C.P.I., articles 75 et 79.

¹⁶⁷⁰ Cf. C.E.D.H., *Perez c. Francia*, arrêt, 12 février 2004, §§ 57-65. En matière de distinction entre victime directe et indirecte, voy. C.E.D.H. *Gradinar c. Moldavie*, 8 avril 2008, en particulier l'opinion dissidente des juges Bratza et Pavlovschi.

¹⁶⁷¹ Voy. A. CONFALONIERI, *Il "ragionevole" diritto all'impugnazione nella prospettiva europea*, in *I diritti dell'uomo, cronache e battaglie*, n. 3 – 2009, pp. 20-21.

victime qui, d'une part, contribue activement à la vie du procès et, d'autre part, est titulaire d'un droit à la réparation, l'intérêt principal de la victime étant donc double : la punition du responsable et la réparation pour le dommage subi. Mais, comme on l'a vu, il y a un autre intérêt concurrent, qui est d'ailleurs commun aux autres parties : la vérité.

Pour la qualification et l'obtention du statut de victime, il faut préalablement la définir, car la définition transforme juridiquement la victime en partie au procès¹⁶⁷². A cet égard, la règle 85 décrit la victime comme « *toute personne physique ayant subi un préjudice suite à un crime relevant de la compétence de la Cour* » y compris « *... toute organisation ou institution dont un bien consacré à la religion, à l'enseignement, aux arts, aux sciences ou à la charité, un monument historique, un hôpital ou quelque autre lieu ou objet utilisé à des fins humanitaires a subi un dommage direct* ». En effet, la définition de la victime dérive de la *Declaration on Basic Principles of Justice for Victims of Crimes and Abuses of Power*, qui fait référence à la personne naturelle.

Mais la définition de victime n'est pas dépourvue d'embûches dans le cadre du système de la Cour. En particulier, M. Mabanga observe que le terme victime est « équivoque » en raison de la difficulté de réunir toutes les conditions exigées par la règle 85¹⁶⁷³, d'autant plus que cette disposition comprend aussi bien les personnes morales que les personnes physiques, dont la notion est plus étendue, comprenant également les membre de la famille proche ou toute personne à charge de la victime directe¹⁶⁷⁴. Donc la notion se partage entre victime directe et indirecte. En outre, le statut de victime intervient uniquement à partir d'une certaine phase de l'affaire, la victime étant simplement « demandeuse » dans le cadre préliminaire de la situation¹⁶⁷⁵. Toutes ces distinctions rendent plus ardue l'obtention d'une définition précise.

B. De l'hypothèse d'une extension de l'égalité des armes

¹⁶⁷² G.-M. MABANGA, *ibid.*, p. 55 et s.

¹⁶⁷³ *Ibid.*, pp. 18-20, en particulier p. 20.

¹⁶⁷⁴ C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo. Affaire Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre préliminaire I, Décision sur les demandes de participation à la procédure présentées par le Demandeurs VPRS 1 à VPRS 6 dans l'affaire le Procureur c. Thomas Lubanga Dyilo, ICC-01/04-01/06-172, 29 juin 2006, p. 8 ; [même affaire] Chambre d'appel, Arrêt relatif aux appels interjetés par le Procureur et la Défense contre la Décision relative à la participation des victimes rendue le 18 janvier 2008 par la Chambre de première instance I, ICC-01/04-01/06-1432-tFRA, 11 juillet 2008, § 1.

¹⁶⁷⁵ Dans le cadre de la même affaire Lubanga, la Chambre a démontré que le statut de victime peut être nié à ceux qui ont la qualité de demandeurs, voy. Chambre préliminaire I, Décision sur les demandes de participation à la procédure de VPRS 1, VPRS 2, VPRS 3, VPRS 4, VPRS 5 et VPRS 6, ICC-01/04-101, cité, 17 janvier 2006, p. 42.

La victime jouit d'une série de droits lorsqu'elle démontre un intérêt personnel lié au procès (1); ce sont des droits spécifiques qui ne sont pas forcément en concurrence avec les droits de l'accusé, mais qui s'accompagnent à celui-ci (2).

1. La notion d'intérêt personnel

Comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a souligné, les exigences du procès équitable « *commandent également que, dans les cas appropriés, les intérêts de la défense soient mis en balance avec ceux des témoins ou des victimes appelés à déposer* »¹⁶⁷⁶. Or, la nécessité de calibrer les droits des victimes avec les droits de l'accusé se réalise par le biais de certaines limites à la participation de la victime au procès. Dans certaines circonstances la Cour limite les interventions, les observations et les instances présentées en forme écrite¹⁶⁷⁷. En effet, les modalités de la participation de la victime à l'audience sont établies au cas par cas, circonscrites aux directives indiquées par la Chambre et adaptées à chaque phase du procès.

A coté des limitations, les victimes jouissent de prérogatives. Il y a, par exemple, des audiences particulières consacrées uniquement à la réparation et donc réservées uniquement à la victime¹⁶⁷⁸; en outre, selon la règle 91(4), il n'y a pas de restrictions aux interrogatoires des accusés ni des témoins. D'autre part, aussi bien la victime que l'accusé sont destinataires de toute notification concernant les décisions de la Chambre. Une telle symétrie entre victime et accusé sur le plan de la participation au procès démontre un élargissement du concept d'*égalité des armes*, qui dépasserait le rapport bipolaire traditionnel défense-accusation, propre à la dialectique accusatoire. Lorsque ses intérêts personnels sont concernés, la victime jouit de toute une série de droits¹⁶⁷⁹.

Mais, l'individuation de l'intérêt personnel de la victime reste un problème épineux que la jurisprudence de la Cour a essayé d'aborder en distinguant entre les différentes phases de la procédure. En particulier, lorsque la jurisprudence fait référence à la phase des investigations, l'intérêt personnel de la victime acquiert un caractère indépendant et générique, visant à reconstruire la vérité et poursuivre les responsables, ayant comme objectif final l'obtention d'une réparation¹⁶⁸⁰. Pendant les phases suivantes devant la Chambre préliminaire, l'intérêt de la victime

¹⁶⁷⁶ Cf. la jurisprudence de la C.E.D.H. *Doorson c. N.L.*, 26 mars 1996, Recueil Série A, 1996, 446.

¹⁶⁷⁷ C.P.I., règle 91(2).

¹⁶⁷⁸ *Ibid.*, art. 75.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*, 68(3) et norme 86(2)(f) R.C.

¹⁶⁸⁰ C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo. Affaire Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Pre-Trial Chamber, Decision, ICC-01/04-101-tEn-Corr, 17 January 2006, § 63 et [même affaire] Pre-Trial Chamber II (Sigle

consiste en sa protection contre toute intimidation due à sa participation au procès¹⁶⁸¹. En revanche, au cours des débats, l'intérêt personnel de la victime ne se limite pas à l'indemnisation, l'intérêt étant "*fact-dependent*", c'est-à-dire lié strictement aux faits illustrés par le Procureur pendant sa présentation introductive des moyens de preuve à charge¹⁶⁸². Il s'agit plus généralement d'un « droit à la vérité », qui est satisfait par le truchement du procès, le quel devra conjuguer la vérité propre au procès, "*the factual findings*", avec la vérité historique, "*the actual truth*"¹⁶⁸³. Au-delà de l'intérêt de la victime, à la base du droit de la victime à la justice il y aura toujours trois objectifs indépendants : *identification, prosecution, punishment*. Dans une telle perspective, l'intérêt à la justice n'est pas forcément équivalent au droit à un jugement de condamnation et à une indemnisation, mais correspond plutôt à un droit à une vérité qui pourrait bien conduire à un acquittement, puisque l'intérêt de la victime est celui à l'identification du responsable et non d'un responsable quelconque. Paradoxalement, l'acquittement de l'accusé peut également satisfaire l'intérêt de la victime à la vérité.

2. Un conflit avec les droits de l'accusé ou une fausse antinomie ?

La protection des intérêts de la victime au cours du procès se réalise par plusieurs droits et facultés qui lui sont réservés. En premier lieu, comme pour l'accusé, il a la possibilité de se faire assister par un conseil de son choix ou commis d'office par le Greffier, qui devra remplir les mêmes critères de compétence et de probité demandés aux conseils de l'accusé. Sur ce dernier point, la règle 90 prévoit que, lorsqu'il s'agit d'un certain nombre de victimes, celles-ci peuvent être invitées par la Chambre à choisir un représentant légal commun afin d'éviter tout problème lié à la coordination de plusieurs conseils, parfois avec des stratégies différentes. La Chambre peut demander au Greffier de désigner un ou plusieurs représentants légaux communs s'il y a de nombreuses victimes, qui seront assistées également par une division d'aide aux victimes et aux témoins¹⁶⁸⁴. Lorsque la victime n'a pas les moyens de rémunérer son conseil, elle peut solliciter l'aide financière de la Cour.

La victime jouit donc de ses propres droits, le Statut de Rome lui permettant sa participation à tout stade de la procédure, devant la Chambre préliminaire - même en matière de compétence et

Judge), ICC-02/04-01/05-155, 9 February 2007, p. 4.

¹⁶⁸¹ *Ibid.*, Pre-trial Chamber II (Single Judge), ICC-02/04-101, cit., 10 August 2007, par. 98, pp. 37-38.

¹⁶⁸² C.P.I., norme 86(2)(c)(d) R.C. ; C.P.I., *ibid.*, Chambre de première instance I, Décision relative à la participation des victimes, ICC-01/04-01/06-1119, cité, 18 janvier 2008, §§ 98, 102.

¹⁶⁸³ *Ibid.*, Pre-Trial Chamber I (Single Judge), Decision, ICC-01/047-01/07-474, 13 may 2008, paras. 32, 34-39.

¹⁶⁸⁴ C.P.I., art. 43(6) et règle 17.

recevabilité des affaires -, au stade préliminaire, pendant le procès ou en phase d'appel. A cette fin, elle doit adresser une demande écrite au Greffier et ensuite présenter une demande à la Chambre compétente qui, comme on l'a vu, décide des modalités de sa participation. La Chambre peut rejeter la demande et nier le statut de victime, si sa condition de victime de crimes relevant de la compétence de la Cour n'est pas démontrée. La section pour la participation des victimes et des témoins a, en outre, la charge générale de donner la plus grande diffusion de renseignement sur l'activité de la Cour et une tâche plus spécifique et restreinte de notifier aux victimes qui ont déjà communiqué avec la Cour dans le cadre d'une affaire, toute décision de l'accusation de ne pas ouvrir d'enquête. La victime a ainsi la possibilité de déposer des observations devant la Chambre préliminaire et la même notification s'impose avant l'audience de confirmation des charges devant la Chambre préliminaire, afin de permettre aux victimes de déposer toute observation, surtout dans le cas où aucune poursuite est engagée. Toute décision prise par la Chambre est signifiée aux victimes qui ont participé à la procédure et à leurs conseils.

Mais, la victime a également la possibilité d'intervenir dans le procès afin de présenter les observations et les requêtes considérées utiles et pertinentes par le juge et demander l'interrogatoire des témoins¹⁶⁸⁵. La seule limitation aux droits de la victime pendant tout le déroulement du procès reste le respect des droits de l'accusé. Dans le Statut de Rome, l'art. 67 sur les droits de l'accusé est suivi immédiatement par les dispositions sur les droits des victimes. Il y a une démarcation dans le rapport d'égalité, dans la mesure où il y a l'attribution d'une même dignité juridique.

§ 2. L'équité pour les victimes

Devant la Cour, l'équité de la procédure se mesure également par la réparation au profit des victimes **(A)** et par leur protection **(B)**.

A. La réparation

Devant la Cour, la réparation est effective et non simplement morale **(1)**, mais le degré d'effectivité varie en fonction du caractère que l'on vaut attribuer à la réparation **(2)**.

1. L'effectivité de la réparation

¹⁶⁸⁵ *Ibid.*, art. 68(3) et règle. 9.

Devant la Cour, la participation au procès d'une victime a également une nature patrimoniale, le droit à obtenir une réparation étant une prérogative de la C.P.I., la seule à la garantir. En effet, faisant suite à l'évolution du droit international en la matière, l'art. 75 du Statut de Rome énonce le droit des victimes à la réparation pour tout dommage matériel et moral dérivant de la conduite de l'accusé¹⁶⁸⁶. La seule restitution était prévue devant les Tribunaux *ad hoc*¹⁶⁸⁷, mais entendue comme une sanction plutôt que comme une forme autonome de réparation. L'attention envers les victimes était donc accessoire par rapport à toute finalité répressive. Dans le passé, le problème de la réparation était limité aux crimes de guerre et toute indemnisation réglait le rapport Etat vainqueur et Etat vaincu, qui s'obligeait à la place de la personne responsable. Un vrai système de réparation pour les victimes de crimes de guerre fut introduit avec la première Guerre du Golfe, en 1991, pour indemniser les victimes des dommages causés par l'invasion du Kuwait. On assistera à l'affirmation des principes contenus dans la rés. n. 60/147 du 2005 de l'A.G. des N.U., les "*Van Boven/Bassiouni Principles*", qui comprenaient: la restitution, la compensation, la réhabilitation, la satisfaction et la garantie de la non répétition.

Devant la Cour, la réparation n'a pas de lien direct avec l'accusé, car les ressources financières de l'accusé font l'objet de confiscation et sont destinées à un fond. En effet, en ce qui concerne l'indemnisation, l'accusé est donc obligé personnellement et, seulement en cas d'indigence, il est prévu de faire recours au Fond au profit des victimes. Institué en 2002 par l'A.E.P., il est géré par le Greffe, mais il s'agit d'une structure indépendante à laquelle sont destinées toutes les sommes objet de confiscation, les contributions volontaires des Etats, des organisations et des donateurs individuels¹⁶⁸⁸. Dans le cadre des rapports entre la Cour et la communauté internationale, certaines mesures de garantie pour le remboursement peuvent être adoptées par la Cour grâce aux obligations à la coopération de la part des E.P. ; parmi ces mesures il y a la localisation des biens à confisquer et l'identification des propriétaires, la confiscation des biens liés aux crimes et la préservation des éléments de preuve qui seront utiles au cas de condamnation¹⁶⁸⁹.

2. Le caractère de la réparation

¹⁶⁸⁶ Voy également les règles 94 e 97.

¹⁶⁸⁷ Cf. l'art. 24(3) du Statut du T.P.I.Y. et l'art. 23(3) du Statut du T.P.I.R.

¹⁶⁸⁸ C.P.I., art. 75(2), art. 79(1)(2) et règle 98.

¹⁶⁸⁹ *Ibid.*, art. 93(1)(a)(j)(h).

La réparation peut être analysée sous plusieurs aspects : l'aspect passif, puisque c'est l'accusé qui est tenu à la réparation suite à la condamnation ; l'aspect actif, la réparation étant due à une victime ou à une pluralité de victimes. Les mesures de réparation peuvent, en outre, présenter une nature individuelle, collective ou mixte¹⁶⁹⁰ et varier en fonction du dommage subi, du degré de souffrance personnelle, de la déficience physique et psychologique et ainsi de suite¹⁶⁹¹. Le dommage ainsi que le remboursement, constitué de l'indemnisation, la réparation ou la réhabilitation, sont établis directement par la Cour, qui fixe également l'importance du remboursement¹⁶⁹², évaluée au cas par cas, parfois grâce à l'opinion d'experts. La règle générale est que, au cours du procès, chaque norme soit interprétée et chaque décision adoptée sans préjudice des droits que le droit interne et le droit international attribuent aux victimes¹⁶⁹³.

Le concept de justice réparatrice propre au système de la Cour ne peut exclure une dimension collective et donc une macro-dimension, opposée à une micro-dimension individuelle. L'aspect collectif concerne plus directement les poursuites de la Cour sur des crimes de masse impliquant de nombreuses victimes¹⁶⁹⁴. La conséquence sera que la réparation ne peut pas ne pas impliquer des finalités politiques de réconciliation et de solidarité sociale. Une telle dimension s'accompagne de la distinction entre la dimension nationale et internationale du crime¹⁶⁹⁵. De plus, il s'avère tortueux de concilier l'aspect passif du remboursement individuel – ce qui est dû par l'accusé individuellement – avec l'aspect actif du remboursement collectif – qui est dû à de nombreuses victimes -. La justice pénale internationale et la réparation offerte par une juridiction à vocation universelle ne peut pas ne pas tenir compte de ce chiasme entre dimension individuel de la responsabilité et dimension collective du dommage¹⁶⁹⁶, afin que le *modus operandi* pour appliquer la réparation soit le plus juste pour certains crimes de masse comme les viols perpétrés en tant qu'armes de guerre ou les déportations propres au génocide, surtout en corrélation avec des finalités discriminatoires, où les exigences individuelles liées à une réparation se mélangent avec les exigences propres à la collectivité¹⁶⁹⁷. Tout cela rend difficile la réparation selon les modèles offerts

¹⁶⁹⁰ *Ibid.*, règ. 97(1)(2), règ. 98(2)(3).

¹⁶⁹¹ P. DE GREIFF, "Justice and Reparations", in P. DE GREIFF (ed.), *The handbook of reparations, op. cit.*, pp. 451-477; B. HAMBER, "Narrowing the Micro and Macro: A Psychological Perspective on Reparations in Societies in Transition", in P. DE GREIFF, *ibid.*, pp. 560-588; G. M. MABANGA, *op. cit.*, pp. 55-74.

¹⁶⁹² C.P.I., art. 75(1).

¹⁶⁹³ *Ibid.* 75(6) et 97(3).

¹⁶⁹⁴ C. DUGGAN/A.-M. ABUSHARAF, "Reparation of Sexual Violence in Democratic Transitions: The Search for Gender Justice" in P. DE GREIFF (ed.), *ibid.*, pp. 623-649; A.-T. LEMASSON, *La victime devant la justice pénale internationale, op. cit.*, pp. 192-216.

¹⁶⁹⁵ B. HAMBER, *ibid.*

¹⁶⁹⁶ C.P.I., règ. 98(2)(3).

¹⁶⁹⁷ C. DUGGAN/A.-M. ABUSHARAF, *ibid.*

par le droit international, où ni la *restituito in integrum* ni la réinsertion sociale il n'est pas toujours possible¹⁶⁹⁸.

La mesure de la réparation reconnue aux victimes varie, en outre, selon le dommage démontré. Elle est donc évaluée au cas par cas. Toutefois, justement à cause de ses caractéristiques, la réparation se révèle souvent inadéquate et insuffisante. En fait, après le procès, la somme perçue par la victime pourrait ne suffir qu'à faire face à ses besoins les plus immédiats, en laissant inchangées les conditions de vie difficiles que la victime retrouve une fois la procédure et la protection terminées. De retour dans les petits villages d'origine, souvent détruits par les conflits, la peur de rétorsions et de marginalisation de la part de la communauté d'appartenance, l'absence de structures médicales nécessaires à faire face aux dommages physiques et psychologiques de la victime, parfois de nature permanente, l'absence d'infrastructures et des services les plus élémentaires comme les écoles et les hôpitaux, rendent sa réinsertion sociale impossible et donc, la réparation inutile. En outre, la multitude de victimes de violations graves des droits de l'homme peut parfois avoir touché des communautés entières, cible des persécutions accomplies sur une grande échelle. Dans ces cas, la dimension individuelle de la victime rejoint la dimension collective.

Selon nous, la réparation idéale devrait s'adresser aussi bien à la victime individuelle qu'à la société touchée par le crime. L'idée proposée serait donc de prévoir une forme de réparation impliquant la communauté sociale installée dans la zone territoriale d'appartenance de la victime et contribuer à la fourniture de biens et de services tel que la construction d'hôpitaux, d'écoles, de centres d'informations et d'instructions, de centres d'assistance sociale, de distribution d'aliments et d'eau potable. Afin d'éviter toute ingérence de la part d'organisations criminelles avec finalités de profit, la gestion de ces centres et services devrait être confiée à des O.N.G.s en contact avec la Cour. Seulement cette forme de réparation « élargie » serait capable de donner à la victime traumatisée, dépourvue d'instruction et de moyens, la possibilité concrète d'une réinsertion sociale et donc l'occasion d'obtenir une réparation effective et pas simplement symbolique.

B. La protection

Plusieurs mesures différentes sont prévues pour protéger les victimes et les témoins (1). Il s'agit de mesures qui, toutefois, ne sont pas dépourvues de conséquences sur le droit de l'accusé à l'égalité des armes (2).

¹⁶⁹⁸ P. DE GREIFF, "Justice and Reparations", *ibid.*, pp. 451-477.

1. Les mesures de protection

L'attention particulière portée à la victime a contribué à garantir une protection visant à rendre sa participation au procès dénuée de tout risque, conditionnement et peur. Dans cette optique, afin de protéger la victime et sa famille, la Chambre peut donc à tout moment adopter, aussi bien sur demande que d'office, des mesures de protection adéquates¹⁶⁹⁹ et parfois spéciales¹⁷⁰⁰, comme le déroulement du procès à huis clos ou *ex parte*, pour protéger l'identité des victimes les plus vulnérables, notamment les victimes d'épisodes criminels particulièrement atroces tels que les abus sexuels. La protection peut également offrir à la victime, avec son consentement, la possibilité d'obtenir un pseudonyme pour lui permettre de faire une déposition en toute sécurité, en recourant parfois à des moyens électroniques ou audiovisuels aptes à altérer sa voix et son image. De plus, il a été créé une division pour le soutien juridique, psychologique et matériel de la victime. Enfin, aussi bien l'accusation que la défense peuvent être obligées, par ordre de la Chambre, à ne pas divulguer les résultats obtenus par l'acquisition de certains éléments de preuve, si cette divulgation est susceptible de mettre en danger la vie de la victime et de sa famille. Mais, la normative sur la participation de la victime au procès pose une limite à l'exercice de ses droits : le respect du procès équitable et des droits de l'accusé¹⁷⁰¹. En effet, la participation active de la victime au procès élargit ses droits mais restreint les droits de l'accusé, car il y a des mesures qui altèrent la régularité de la dialectique entre les parties.

En particulier, le Statut de Rome protège les victimes et les témoins considérés vulnérables, lorsque le crime s'accompagne de violences à caractère sexuel, sexiste ou à l'encontre d'enfants¹⁷⁰². La protection commence dès la phase de l'enquête et naturellement couvre toute la poursuite. Par conséquent, la protection implique la participation des différents organes intervenant dans toutes les phases de la procédure, à savoir : les Etats Parties, du fait qu'ils doivent élire des juges compétents, les autorités nationales agissant sur la base du Chapitre IX¹⁷⁰³, le Procureur¹⁷⁰⁴, les Chambres, le

¹⁶⁹⁹ C.P.I., règ. 87.

¹⁷⁰⁰ *Ibid.*, règ. 88.

¹⁷⁰¹ *Ibid.*, art. 68(1)(2)(4)(5).

¹⁷⁰² Au cours du procès contre Lubanga, le Procureur a été critiqué par les victimes pour ne pas avoir contesté certains crimes liés aux abus sexuels commis de façon massive par les milices de l'accusé, surtout en considération du fait que la R.D.C. est le pays qui présente le plus grand nombre de violences sexuelles et ce procès aurait représenté l'occasion idéale pour soulever le problème des viols en R.D.C. ; sur cet aspect, le Procureur s'est justifié en disant que l'enquête n'avait pas produit de preuves suffisantes. En vertu de cette lacune, toutes les fois que la Chambre a essayé d'approfondir l'argument, en posant des questions précises aux témoins, la défense s'est toujours opposée en soutenant que les viols dont parlaient les témoins ne faisaient pas partie des charges contre l'accusé.

¹⁷⁰³ C.P.I., règle 16(4)

¹⁷⁰⁴ *Ibid.*, art. 54(1)(b)(3)(e)(f).

Greffe¹⁷⁰⁵ et la Division consacrée aux victimes et aux témoins¹⁷⁰⁶. Au-delà de celles déjà énoncées, les mesures de protection peuvent aussi consister en une assistance légale, logistique, médicale et une aide de spécialistes en matière de violence sexuelles¹⁷⁰⁷ - pour lesquelles sont prévues des mesures « sexospécifiques » -¹⁷⁰⁸, de spécialistes de l'enfance et des personnes handicapées ou âgées, dont l'apport sert à préparer la personne à comparaître devant la Cour¹⁷⁰⁹. A cet égard, le Bureau du Procureur a publié en 2014 le Document de politique générale relatif aux crimes sexuels et à caractère sexiste, contenant des dispositions sur la préparation et la protection de la sécurité et du bien-être physique et psychologique des témoins et des victimes¹⁷¹⁰.

D'autres mesures plus drastiques, outre le huis clos total ou partiel, l'enregistrement sonore, vidéo et l'utilisation d'instruments électroniques aptes à altérer l'image ou la voix, sont la réinstallation et le relogement de la victime. Or, la nécessité de toute mesure est présumée nécessaire et il incombe à la défense la charge de la preuve contraire. L'ampleur du discrétionnaire de la Chambre dans l'application de « moyens spéciaux », qui vont parfois au détriment du droit de l'accusé à un procès public, empêche à la norme statutaire d'indiquer la nature et les circonstances particulières attachées à de telles mesures, qui doivent être personnalisées¹⁷¹¹, dans la mesure où chaque victime a le droit à sa propre protection. Mais, en parlant de la sécurité physique, la doctrine définit comme des « illusions perdues » certaines mesures comme le relogement dans le cadre du même pays ou la réinstallation dans un autre pays, étant donné les difficultés à les appliquer¹⁷¹². Il s'agit de mesures proches du programme de protection prévu pour les collaborateurs de justice, qui impliquent souvent l'attribution d'une nouvelle identité et une réinsertion sociale pour empêcher tout risque de représailles, même longtemps après, contre ceux qui témoignent dans la salle d'audience ou qui se rendent simplement auprès de la C.P.I. pour collaborer. Dans le cadre des T.P.I., il y a eu des cas d'assassinat de témoins pour les punir d'avoir témoigné ou pour les empêcher de le faire. A cet égard, des accords ont été signés par les E.P. et par la Cour et les Pays-Bas afin de garantir aux témoins les privilèges, les immunités et les facilités nécessaires à la comparution devant la C.P.I.¹⁷¹³. Le Greffe a la tâche de rendre la protection effective¹⁷¹⁴, en

¹⁷⁰⁵ *Ibid.*, norme 89 R.G.

¹⁷⁰⁶ *Ibid.*, art. 48(6) et règles 17, 18, 19.

¹⁷⁰⁷ *Ibid.*, art. 48(6).

¹⁷⁰⁸ *Ibid.*, règle 16(1)(d).

¹⁷⁰⁹ C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo. Affaire Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre de première instance I, Instructions to the Court's expert on child soldiers and trauma, ICC-01/04-01/06, cit., 6 février 2009.

¹⁷¹⁰ Voy. Document de politique générale relatif aux crimes sexuels et à caractère sexiste, Juin 2014, chapitre VI(b)(c).

¹⁷¹¹ C.P.I., art. 68(2) et règle 88(1).

¹⁷¹² A.-T. Lemasson, *op. cit.*, pp. 137-142.

¹⁷¹³ C.P.I., Etats Parties, *Accord sur les privilèges et immunités de la Cour pénale internationale fondé sur l'article 48 du Statut de la Cour*, New York, signé le 9 septembre 2002 et entré en vigueur le 22 juillet 2004, <http://www.icc->

s'assurant que l'identité de la personne et de ceux qui l'accompagnent sera transmise à l'Etat hôte, aux fins d'activer l'immunité pour toute parole, écrit et acte accompli par la personne pendant les activités nécessaires au témoignage. Dans ce but, il est prévu l'attribution d'un sauf-conduit pour sa comparution devant la Cour. La protection s'étend souvent à la famille de la victime et du témoin, ce qui augmente les difficultés à appliquer lesdites mesures, qui peuvent être demandées et adoptées sur la base de la règle statutaire générale permettant la personnalisation de la réparation¹⁷¹⁵.

2. Le risque pour l'égalité des armes

La doctrine regrète le manque de réciprocité en ce qui concerne le traitement des témoins de la défense, une différence qui affecterait l'égalité des armes¹⁷¹⁶. De plus, la formulation du paragraphe 1) de l'art. 68 serait plutôt générique dans la mesure où elle indique comme limite à la protection uniquement le préjudice et la contrariété aux droits de l'accusé. Il n'est pas indiqué si ladite protection s'étend également aux témoins de la défense, certes, moins exposés aux risques de rétorsions puisque leur témoignage vise à disculper et donc normalement ne devrait produire aucune conséquence nuisible pouvant provoquer une réaction. D'ailleurs, la formulation selon laquelle « *ces mesures ne doivent être ni préjudiciables ni contraires aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial* »¹⁷¹⁷ démontre implicitement que la protection statutaire vise les victimes et les témoins à charge, dans la mesure où seuls les témoins de l'accusation peuvent représenter un risque pour les intérêts de l'accusé. Il s'ensuit que cette lecture – si elle est correcte - produit une inégalité des armes évidente.

Mais, il faut reconnaître que le paragraphe 2) étend la même protection à l'accusé, lorsque les Chambres ordonnent le huis clos ou autres mesures spéciales de protection ; toutefois, l'article ne mentionne pas explicitement les témoins de la défense ni la défense en général, mais la personne accusée. Une élucidation provient du C.C.P.C, qui impose au conseil d'informer le Greffier de toute altération de « la faculté d'un client », afin qu'il prenne toute mesure appropriée¹⁷¹⁸. Toutefois, il nous semble qu'ici la préoccupation principale du législateur soit la préservation de la sincérité du récit du témoin plutôt que sa protection et donc la validité du témoignage aux fins des débats, d'autant plus que la norme parle de « *...toutes mesures nécessaires pour garantir la bonne*

cpi.int/home.html&l-fr, ICC-ASPASP/1/3 E ; voy. également l'Accord de siège entre la C.P.I. et les Pays-Bas, signé le 7 juin 2007 et entrée en vigueur le 1^{er} mars 2008.

¹⁷¹⁴ C.P.I., règle 16(4).

¹⁷¹⁵ *Ibid.*, art. 68(1).

¹⁷¹⁶ A.-T. LEMASSON, *op. cit.*, p. 141.

¹⁷¹⁷ C.P.I., art. 68(1).

¹⁷¹⁸ *Ibid.*, art. 9(3) C.C.P.C.

représentation en justice de son client », sans mentionner le bien-être physique et psychologique de la personne. De plus, l'article ne fait pas référence au conseil de l'accusé, mais au représentant légal des « *victimes de tortures ou de violences ...* »¹⁷¹⁹. Donc la perspective d'observation de l'égalité des armes change complètement puisque dans les faits la disposition ne s'adresse pas au conseil de la défense, mais au conseil de la victime.

Section II. Les mesures de protection controversées

La publicité, la *disclosure*, la présence de l'accusé dans la salle d'audience, le contradictoire, l'égalité des armes sont des garanties de la défense incontournables, qui toutefois peuvent subir des restrictions pour protéger les droits des victimes. En effet, il y a des mesures de protection, telles que l'anonymat (§ 1) et la confidentialité (§ 2), dont l'application met en cause le procès équitable et les droits de l'accusé.

§ 1. L'anonymat

L'anonymat est une mesure de protection extrême, qui a besoin de règles précises pour obtenir son application correcte (A) et respectueuse de la défense (B).

A. Le rapport difficile entre l'anonymat et le procès équitable

S'appliquant au témoignage, l'anonymat limite, de par sa nature, le contradictoire (1), pour cela il ne peut être utilisé que pour corroborer d'autres éléments de preuve (2).

1. Une menace pour le contre-interrogatoire

Afin d'assurer la protection d'une personne, il peut s'avérer que son témoignage se déroule sous couvert d'anonymat, à savoir sans que son identité soit signifiée au public et aux parties¹⁷²⁰. Le témoignage sous couvert d'anonymat, qui n'est jamais opposable à l'encontre des juges, permet que la lutte à l'impunité s'accomplisse en toute sécurité pour les témoins ou pour la victime, qui par cette protection seront plus inclinés à collaborer avec la justice internationale¹⁷²¹. Introduit par le

¹⁷¹⁹ *Ibid.*, art. 9(2) C.C.P.C.

¹⁷²⁰ C.-M. CHINKIN, « Due Process and Witness Anonymity », *A.J.I.L.*, 1997, p. 75; M. LEIGH, « Witness Anonymity is Inconsistent with Due Process », *A.J.I.L.*, 1997, p. 80.

¹⁷²¹ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Duško Tadić*, Chambre de première instance, Décision relative à l'exception préjudicielle soulevée par le Procureur aux fins d'obtenir des mesures de protection pour les victimes et les témoins, IT-94-1-T, cit.,

T.P.I.Y., l’anonymat du témoin permet sa protection contre toute forme de menace ou rétorsion pour lui et pour sa famille, surtout lorsqu’il est également la victime de violences qu’il risque encore de subir après le témoignage, car les contextes où les faits se sont déroulés pourraient ne pas avoir changés ou pourraient se reproduire par d’autres auteurs¹⁷²². Tout cela justifie le maintien de l’anonymat. Néanmoins, cette forme de témoignage est permise à la condition que les droits de l’accusé soient pleinement préservés, car la règle générale reste que toute preuve soit produite en présence de l’accusé, au cours d’une audience publique et en contradictoire¹⁷²³. Conformément à cette prescription, la normative en vigueur devant les Tribunaux *ad hoc* se limitait à poser à la protection du témoin la limite générique de la préservation des droits de l’accusé¹⁷²⁴, alors que la jurisprudence de la C.P.I. a posé des limites plus précises.

Le droit au contre-interrogatoire implique que l’accusé prenne connaissance non seulement des narrations des témoins au moment où elles sont rendues, mais également de leur identité. Dans la perspective de protéger les droits de l’accusé et l’équité procédurale, toute contraction du droit au contre-interrogatoire reste donc limitée à des cas exceptionnels que le Procureur est tenu de démontrer, puisque la procédure qui se déroule dans l’anonymat du témoin ou de la victime porte atteinte aux droits de contre-interroger dûment le témoin à charge, particulièrement s’il peut être protégé valablement par d’autres mesures de protection, car il faut exiger un rapport de proportionnalité entre le droit sacrifié et le droit à protéger. De plus, la contraction des droits de l’accusé n’est pas illimitée, l’anonymat s’imposant en présence de circonstances exceptionnelles qui rendent nécessaire la mesure, à savoir : la présence d’un risque réel pour la vie du témoin et de sa famille, l’importance cruciale de sa déposition, qui toutefois doit être soutenue par un degré élevé de fiabilité et par l’absence ou l’inefficacité du programme de protection. A cet égard, la jurisprudence a décrété des critères-guide et des pré-requis à adopter pour rendre valable l’anonymat, parmi lesquels la possibilité pour les juges de connaître l’identité du témoin et d’observer son comportement¹⁷²⁵. Toutefois, l’anonymat n’est pas illimité, l’identité du témoin pouvant être révélée s’il n’y a plus de risque pour sa sécurité. En tout cas, la défense ne perd jamais

10 août 1995, § 27 ; à cet égard, voy. l’opinion dissidente du juge Stephen qui considère que la protection des victimes ne garantit pas le respect des droits de l’accusé.

¹⁷²² M. VOGLIOTTI, “La logica floua della Corte europea dei diritti dell’uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle “testimonianze anonime” in *Giur. it.*, 1998, p. 851 s.; J-F. RENUCCI, *Le témoin anonyme et la Convention européenne des droits de l’homme*, in *Rev. Int. Droit pén.*, 1999, vol. 70, p. 761 ; M. LEIGH, *The Yugoslav Tribunal: Use of Unnamed Witnesses Against Accused*, in 90 *Am. J. Int’l L.*, 1996, p. 235 et s.

¹⁷²³ Voy. *supra* l’opinion séparée du Juge Stephen dans la décision citée et T.P.I.Y., *Décision de la Chambre de première instance I sur la requête du Procureur du 17 octobre 1996 aux fins de mesures de protection des victimes et témoins*, *Le Procureur c. T. Blaskic*, IT-95-14-PT, 5 novembre 1996, §§ 24 et 34.

¹⁷²⁴ Voy. la règle 75 commune aux T.P.I.

¹⁷²⁵ N.-A.-J. CROQUET, « The International Criminal Court and the Treatment of Defence Rights : a Mirror of the European Court of Human Rights’ jurisprudence », *Human Rights Law Review* (2011), pp. 121-122.

le droit de contre-interroger le témoin anonyme, sans cependant aborder les questions liées à son identité¹⁷²⁶.

2. La fonction de corroboration du témoignage anonyme

La jurisprudence de la Cour de Strasbourg a emphasized le dommage que l'anonymat produit sur les droit de la défense, vu l'impossibilité de mettre en doute, par la *cross-examination*, la crédibilité du témoin dont l'accusé ignore l'identité¹⁷²⁷. L'anonymat empêche ou limite la possibilité de l'accusé de contester la véracité des propos du témoin à charge à travers la démonstration que celui-ci n'est pas digne de confiance ni crédible¹⁷²⁸. Dans ces cas, la corroboration du témoin anonyme par d'autres preuves et témoins reste la seule garantie. En effet, comme l'a justement affirmé La Rosa, si la règle *unus testis, nullus testis* n'était pas interdite, la décision sur la culpabilité de l'accusé pourrait théoriquement se fonder sur les déclarations d'un seul témoin anonyme¹⁷²⁹. La jurisprudence de la C.P.I. a inversé le raisonnement, établissant que, pour protéger les droits de l'accusé, le témoignage anonyme peut servir à corroborer d'autres éléments de preuve et pas le contraire, car la valeur probante du témoignage anonyme ne peut être considérée qu'à la lumière d'autres éléments de preuve¹⁷³⁰. L'admissibilité de l'anonymat est toutefois limitée à la phase de la confirmation des charges et conditionnée au droit de l'accusé de présenter, en vertu de la réciprocité, ses témoins anonymes à décharge. Cette solution de compromis réalise l'égalité des armes, mais si appliqué littéralement, elle donnerait lieu à un procès dont l'activité probatoire peut demeurer presque entièrement secrète. Elle serait, toutefois, limitée à la phase qui anticipe le procès *stricto sensu*.

¹⁷²⁶ En la matière voy. surtout la jurisprudence, en particulier : C.E.D.H., *Kostovski c. Pays-Bas*, Arrêt, 20 novembre 1989, §§ 61 à 67 et T.P.I.Y., *Le Procureur v. Thiomir Blaškić*, Chambre de première instance I, Décision relative à la requête du Procureur en date du 17 octobre 1996 aux fins de mesures de protection pour les victimes et les témoins, IT-95-14-T, cit., 5 novembre 1996.

¹⁷²⁷ I.C.C., Pre-trial Chamber II, Situation in the Republic of Kenya, The Prosecutor v. Walter Osapiri Barasa, Pre-trial Chamber II, Single Juge Cuno Tarfusser, Warrant of arrest, ICC-01/09-01/13, 2 february 2013. Barasa est l'ancien intermédiaire du Procureur impliqué dans les investigations dans la situation au Kenya. Le 2 octobre 2013 la Chambre préliminaire II a rendu public le mandate d'arrêt à l'encontre de Walter Osapiri Barasa, suspecté d'avoir commis plusieurs atteintes à l'administration de la justice consistant en la subornation de témoins de la Cour (dans ce cas du Procureur). Un mandat d'arrêt avait été délivré sous scellés à son encontre le 2 août. C'est la première fois que la Cour connaît d'une affaire où le suspect est accusé d'atteinte à l'administration de la justice telle que visée à l'art. 70 du Statut.

¹⁷²⁸ C.E.D.H., *Kostovski c. Pays-Bas*, Arrêt, 20 novembre 1989, Série A, No 166, § 41.

¹⁷²⁹ A.-M. LA ROSA, *Juridictions pénales internationales. La procédure et la preuve, op.cit.*, p. 275 ; N.-A.-J. CROQUET, « The International Criminal Court and the Treatment of Defence Rights : a Mirror of the European Court of Human Rights' Jurisprudence ? », *ibid.*, pp. 117-122.

¹⁷³⁰ Il s'agit toutefois de la phase de la confirmation des charges, voy. C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo. Affaire Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre préliminaire I, Décision sur la confirmation des charges, cit., 29 janvier 2007, §§ 103 et 106.

B. L'anonymat par rapport à la défense

La jurisprudence a élucidé le problème de la portée du témoignage anonyme surtout quant à son opposabilité à l'égard de la défense (1), malgré les difficultés liées au premier procès devant la Cour (2).

1. La non opposabilité de l'anonymat à la défense

En matière d'anonymat, la jurisprudence pénale internationale a établi le critère de la pondération des intérêts de l'accusé, des victimes et des témoins, en considérant que, aux fins du respect du procès équitable, les droits de l'accusé ne sont pas les seuls qui doivent être pris en considération, étant donné la nécessité d'équilibrer les droits de toutes les parties à la procédure¹⁷³¹. Mais la défense est très vulnérable, pour cela, après le témoignage anonyme, si la Chambre constate que la valeur probante de celui-ci ne justifiait pas une telle contraction des droits de l'accusé ni une diminution de l'équité de la procédure, elle pourra toujours expurger du procès-verbal le témoignage ou ne pas en tenir compte aux fins de la décision sur la culpabilité de l'accusé¹⁷³². En outre, dans la perspective de protéger les droits de l'accusé, la jurisprudence a établi que, s'il est vrai que l'anonymat peut concerner toutes les phases de la procédure - à compter de la phase qui précède les débats -, c'est surtout à partir du début du procès que les intérêts de l'accusé doivent être particulièrement préservés, même si le « voile » de l'anonymat continue « *d'obstruer la vue du public et des médias* »¹⁷³³. L'accusé peut donc réaliser son droit au contre-interrogatoire uniquement s'il connaît l'identité du témoin « *a reasonable time before trial* »¹⁷³⁴ ; pour cela, devant la Cour, l'anonymat des témoins n'est pas permis à l'égard de la défense¹⁷³⁵. La jurisprudence a donc trouvé

¹⁷³¹ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Tadic*, Décision, cit., §§ 55-66.

¹⁷³² *Ibid.*, § 74.

¹⁷³³ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Blaskic*, Décision sur la requête du Procureur en date du 17 octobre 1996 aux fins de mesures de protection des victimes et des témoins, 5 nov. 1996, IT-95-14-T, cit., § 24.

¹⁷³⁴ C.P.I., art. 81(4). Pour l'individuation du temps raisonnable pour la *disclosure* de l'identité du témoin voy. R. Dixon et al., Archbold : Practice, Procedure and Evidence : International Criminal Court, Swet & Maxwell, London, 2009, paras. 8-255-256.

¹⁷³⁵ C.P.I., *Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée, Décision fixant les principes généraux applicables aux demandes de restriction à l'obligation de communication introduites en vertu des règles 81-2 et 81-4 du Règlement de procédure et de preuve, ICC-01/04-01/06, cité, 13 octobre 2006, §§ 34-37 ; [*même affaire*] Chambre préliminaire I, Décision sur les modalités de participation des victimes a/0001/06, a/0002/06 et a/0003/06 à l'audience de confirmation des charges, 22 septembre 2006 et Chambre de première instance I, Décision sur la participation des victimes, 18 janvier 2008, §§ 130-131 ; C.P.I., *Le Procureur v. G. Katanga et M. Ngudjolo*, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Première décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'autorisation d'expurger des déclarations de témoins », ICC-01/04-01/07(OA), 13 mai 2008, §§ 66-71.

un remède à la généralité et ambiguïté du R.P.P., qui n'admet ni exclut explicitement cette forme de témoignage imparfait¹⁷³⁶.

2. Le critère de la pondération dans la pratique

Au cours du procès Lubanga, l'une des critiques des juges envers le Procureur a été d'avoir recueilli surtout des preuves provenant des N.U. et des O.N.G., qui avaient été données en toute confidentialité, avec l'assurance que les sources auraient été protégées par l'anonymat. Le résultat fût que la plupart des preuves entre les mains de l'accusation sont demeurées confidentielles et n'ont pas été produites, à l'exception des sources révélées aussi bien aux juges qu'à la défense. L'autre critique envers le Procureur a concerné l'utilisation peu contrôlée des intermédiaires externes, qui avaient la tâche de prendre des contacts sur place afin de recueillir les preuves et les témoins. Selon le Procureur la fonction des intermédiaires était indispensable, dans la mesure où eux seuls pouvaient avoir la familiarité nécessaire avec le territoire et donc l'accès aux informations. Par conséquent, à cause de leur rôle délicat et dangereux, les intermédiaires aussi devaient être protégés par l'anonymat et être interrogé en pleine sûreté, à savoir être transférés dans des endroits sûrs et protégés par des mesures aptes à les rassurer contre toute rétorsion¹⁷³⁷.

En effet, l'impasse qui a affecté pendant longtemps l'affaire Lubanga a été le résultat de la querelle entre le Procureur et les juges, qui a conditionné fortement le procès. Selon l'opinion des juges et de la défense, le procès n'aurait pas été respectueux des règles du procès équitable et, malgré les précautions, la participation des victimes s'est démontrée plutôt limitée¹⁷³⁸. La querelle s'est tout particulièrement focalisée sur les témoins et la façon dont les témoignages étaient gérés. En particulier, la véracité des déclarations des témoins a été mise en doute et la sérénité du procès mise en cause, car des témoins ont raconté le climat de peur et d'intimidation dont ils étaient victimes dans leur pays pour le fait d'avoir accepté de collaborer avec la Cour¹⁷³⁹. La participation

¹⁷³⁶ C.P.I., règle 87.

¹⁷³⁷ La question s'est posée particulièrement dans l'affaire Ruto. Le reporter Odhiambo Joseph avait fait publier par la B.B.C. les photos des témoins anonymes, ce qui constitue une atteinte à l'administration de la justice, à poursuivre sur la base de l'art. 70.

¹⁷³⁸ Le même a été démontré dans le procès contre Jean-Pierre Bemba Combo, où, sur 1200 demande d'admission, seulement 135 victimes ont été admises à participer au procès et représentées par deux seuls conseils, avec beaucoup de critiques de la part des observateurs internationaux www.warcrimesreparations.info, Reparations Center for Victims of War Crimes (J. Fossum, Minnesota), *Q&A on the Bemba Trial*, 22 Novembre 2010; Le Monde.fr Blog, *Esprit de Justice, Les voies de la justice pénale internationale*, « Jean-Pierre Bemba, le VIP congolais de la Cour pénale internationale », 19 Novembre 2010.

¹⁷³⁹ De plus, des problèmes techniques ont contribué à rendre funeste le déroulement régulier du procès et à entraver une correcte reconstruction des faits, car il y a eu des problèmes dans les enregistrements et dans les transcriptions. Selon certains observateurs « *The substance of the case got lost in the procedural tangle ; even the record is not clear because*

des victimes dans l'affaire Lubanga a donc été très limitée à cause des tensions qui étaient encore en cours au niveau local et de la difficulté de gérer la complexité de la première enquête de la C.P.I., caractérisée par une confidentialité excessive, à tel point que l'enquête était tenue secrète même aux victimes, ce qui a fait que beaucoup de victimes n'ont pas eu d'informations suffisantes. En outre, les audiences ont été conduites pour la plupart à huis clos, pour protéger les rares victimes présentes au procès, mais aussi pour empêcher que les déclarations des témoins puissent involontairement mettre en danger d'autres personnes par la divulgation publique d'informations devant demeurer confidentielles¹⁷⁴⁰.

La querelle entre la Chambre et le Procureur a donc concerné principalement la révélation de l'identité de certains témoins et victimes protégés par l'anonymat et a impliqué l'intervention de la Chambre d'appel à cause de l'obstination de l'accusation à ne pas révéler l'identité du témoin. n. 143, un intermédiaire dont les investigations avaient accusé d'avoir fait rendre des déclarations fausses aux témoins interrogés au cours des investigations¹⁷⁴¹. Seulement suite à de nombreuses interventions de la part de la Chambre, le Procureur a enfin révélé le nom de l'intermédiaire¹⁷⁴². Le refus obstiné du Procureur avait poussé la Chambre à suspendre le procès *sine die* et remettre en liberté l'accusé auquel était nié un procès équitable, conduit avec impartialité, en toute sérénité et dans le respect du contradictoire. En fait, par son comportement, le Procureur visait à ne pas révéler sa stratégie et à protéger les victimes qui avaient choisi de témoigner malgré les risques de rétorsions de la part d'un personnage encore très puissant dans son pays. Pour cette raison, le Procureur avait demandé à la Chambre d'appel la suspension de la décision de la Chambre de première instance pour permettre que le témoignage ait lieu¹⁷⁴³ ; d'ailleurs, après le témoignage, la Chambre aurait pu toujours trancher sur l'admissibilité du témoignage. Toutefois, cette motion a été perçue par les juges comme une énième obstination et donc comme une offense du Procureur qui refusait d'obtempérer aux ordres de la Chambre de première instance.

transcripts are missing or blacked out ». Déclaration provenant de Lorraine Smith, une observatrice chargée de suivre le procès pour le compte de l'*International Bar Association*, www.nytimes.com.

¹⁷⁴⁰ Au cours des audiences, le Procureur avait produit à l'audience des vidéos qui montraient Lubanga en train de rendre visite à ses soldats dans des camps militaires où beaucoup d'enfants étaient présents, dont certains de huit ans.

¹⁷⁴¹ Il s'agissait du témoin n. 143, un intermédiaire dont les investigations avaient entraîné des accusations d'avoir produit des preuves fausses et d'avoir fait rendre des déclarations fausses aux témoins interrogés au cours des investigations. En particulier, un témoin avait accusé l'intermédiaire de lui avoir donné de l'argent afin de rendre des déclarations contre l'accusé, à savoir d'avoir été un soldat de l'U.P.C. au service de Lubanga.

¹⁷⁴² *International Criminal Law Bureau Newscast*, Issue 19 September 2010, 05-11-2010.

¹⁷⁴³ C.P.I., *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Motion, Prosecution's applications to take testimony while proceedings are stayed pending decision of the Appeals Chamber, ICC-01/04-01/06-2565, cit., 14 September 2010.

Par l'anonymat, « ...*the judges will have lost control of a significant aspect of the trial proceedings...* », car « *compliance with judicial orders lies at the heart of the principle of the rule of law, it is an irremovable and fundamental ingredient of a fair criminal trial, absent which the proceeding are ipso facto vitiated* »¹⁷⁴⁴. Une fois commencé, le procès contre Lubanga s'est donc caractérisé par une conflictualité exceptionnellement funeste entre juges et Procureur. Les juges, à cause du refus de l'accusation de s'en tenir aux « *unequivocal orders* », ont suspendu le procès qu'ils jugeaient inéquitable, en ordonnant la libération de l'accusé. A propos de la dispute entre juges et Procureur, M. Schabas a commenté : « *The whole trial has been a nightmare since the dispute between judges and the prosecutor began in 2008* » au point que le rapport entre les deux sont devenus *ugly and unhealthy* »¹⁷⁴⁵.

§ 2. La confidentialité

Pour la protection d'intérêts concurrents avec les intérêts de l'accusé, le Procureur peut donc s'abstenir de divulguer des moyens de preuve qui doivent rester confidentiels **(A)** et autoriser leur divulgation seulement en cas de consentement de la source **(B)**.

A. La restriction du droit à la divulgation

La règle de la divulgation à la défense reste toujours obligatoire, à l'exception de certaines limitations **(1)** justifiées par la protection de la sécurité des victimes **(2)**.

1. La protection d'intérêts concurrents

Donc, l'entrée de la victime dans le procès n'est pas dépourvue de conséquences sur les droits de l'accusé, car certaines mesures de protection empêchent souvent à la défense de jouer pleinement son rôle. L'altération de la voix ou de l'image limitent considérablement la capacité de la défense d'évaluer la fiabilité de la personne et par conséquent de démanteler par le contre-interrogatoire la crédibilité ou la véracité de son récit, portant directement atteinte au droit de l'accusé d'interroger proprement la victime ou le témoin. L'anonymat est une des mesures les plus préjudiciables pour la défense, alors que la jurisprudence a statué que l'anonymat ne peut plus être

¹⁷⁴⁴ Le 9 octobre 2010, la Chambre d'Appel a reconnu que le refus du Procureur de révéler l'identité des témoins signifiait ne pas reconnaître l'autorité de la Cour. La Cour a adopté la même approche également par la suite, dans les affaires contre Mathieu Ngujolo Chui et Germain Katanga dans le cadre de la même situation en R.D.C.

¹⁷⁴⁵ S. MARLISE, « *For International Criminal Court, Frustration and Missteps in its First Trial* », 21 November 2010, www.nytimes.com.

admis à l'égard de l'accusé à partir de l'ouverture du procès. Mais il existent des mesures de protection moins drastiques qui affectent également la dialectique entre accusation et défense. Par exemple, l'accusé peut subir un préjudice lorsque la communication des pièces dans la disponibilité du Procureur est restreinte, puisqu'elle est couverte par la confidentialité. Le problème se pose particulièrement lorsqu'il s'agit de pièces potentiellement à décharge et susceptibles d'affecter la valeur probante des éléments de preuve à charge.

L'obligation de la communication est continue pour chaque partie, qui y est tenu au cours du prétoire, à n'importe quelle phase de la procédure et également pour toute preuve supplémentaire¹⁷⁴⁶. Mais la garantie de la *disclosure* est une règle générale qui n'est pas dépourvue d'exceptions. En effet, il y a des preuves et des renseignements qui ne sont pas couverts par l'obligation de la divulgation. En ce qui concerne la défense, les mémoires défensives et les documents internes des équipes de la défense sont protégés par le secret professionnel. De plus, en ce qui concerne l'intérêt public ou d'une partie, certaines informations doivent demeurer confidentielles¹⁷⁴⁷. Dans la même perspective, la non-divulgation des documents provenant du Procureur se justifie pendant les investigations, mais après cette phase, le R.P.P. se préoccupe du fait que la défense ait la possibilité de se préparer convenablement, car les mesures adoptées « *ne doivent être ni préjudiciables ni contraires aux droits de la défense et aux exigences d'un procès équitable et impartial* »¹⁷⁴⁸. Dans les phases suivantes, le droit de l'accusé à la communication des moyens de preuve peut, sur demande du Procureur, subir des limitations importantes à titre provisoire et « *dans des circonstances exceptionnelles* », où la protection de renseignements confidentiels se justifie par la protection de la vie ou la vie privée des témoins, des victimes et de leur familles¹⁷⁴⁹. En présence d'une source confidentielle, la défense - mais aussi bien le Procureur - peut demander au Président de commettre d'office un conseil spécial ou un *amicus curiae* pour l'examen des informations dont la source n'a pas accepté la divulgation et en général, pour contribuer à la solution de certains aspects juridiques épineux, pour veiller à la régularité de la procédure et au respect du droit de l'accusé à un procès équitable.

2. Les règles de la confidentialité

¹⁷⁴⁶ Dans tous les cas où on est en présence de sources confidentielles, la défense - mais aussi bien le Procureur - peut demander au Président de commettre d'office un conseil spécial pour l'examen des informations dont la source n'a pas accepté la divulgation et en général, pour contribuer à la solution de certains aspects juridiques épineux, pour veiller à la régularité de la procédure et au respect du droit de l'accusé à un procès équitable.

¹⁷⁴⁷ C.P.I., règle 81.

¹⁷⁴⁸ *Ibid.*, règle 76(1) et art. 68(1).

¹⁷⁴⁹ *Ibid.*, règle 76(4).

Selon A.T. Lemasson, il est faux de prétendre que la confidentialité « *n'affecterait aucunement les droits de l'accusé* »¹⁷⁵⁰, car elle autorise l'accusation à retarder le moment de la divulgation des éléments de preuve et rend ardu un « arbitrage équitable » des intérêts en conflit. Comme pour l'anonymat, la jurisprudence a posé néanmoins un barrage à la protection : l'ouverture du procès¹⁷⁵¹. Toutefois, le Procureur peut et doit se soustraire à l'obligation de communication toutes les fois où il n'y pas de consentement de la source à la divulgation de renseignements confidentiels¹⁷⁵². Sur demande motivée, le Procureur peut donc obtenir d'être dispensé de la communication si celle-ci peut : compromettre l'enquête ; mettre en danger la sécurité d'un témoin et de sa famille ; nuire à l'intérêt général¹⁷⁵³. Une information est en outre confidentielle lorsque, de par sa nature, elle est susceptible de porter atteinte à la sécurité d'un Etat ou d'une entité internationale ou de l'un de ses agents. Au cours d'une audience à huis clos ou *ex parte*, le Procureur doit démontrer d'avoir pris toute mesure pour obtenir le consentement ou doit proposer des mesures compensatoires appropriées aptes à préserver les droits de l'accusé. Le droit de la défense à la divulgation des éléments de preuve de l'accusation subit donc des restrictions lorsque la révélation de certains moyens de preuve risquerait de mettre gravement en danger d'autres intérêts concurrents aux intérêts de l'accusé. Dans ces cas, le Procureur peut choisir de s'abstenir de la divulgation de certains éléments de preuve et adopter des mesures appropriées – comme la présentation des témoignages sous forme de résumé – car, encore une fois, le Statut se préoccupe du fait que la confidentialité ne porte pas atteinte aux droits de l'accusé et au procès équitable et impartial¹⁷⁵⁴.

Lorsque l'accusation reçoit par la Chambre l'autorisation à ne pas divulguer certains éléments de preuve, tels que les déclarations écrites dont la divulgation des faits qui y sont décrits serait susceptible de mettre en danger la sécurité d'une victime ou d'un témoin et de sa famille, elle pourra se limiter à verser au dossier un simple compte rendu. La défense jouit de la même faculté. En tout cas, la règle générale est que, lorsqu'une partie demande de verser au dossier une déclaration écrite, l'autre partie a le droit d'en prendre préalablement connaissance et, lorsque le Procureur ne donne pas suite à la communication, il ne peut plus produire au prétoire les pièces et les renseignements sous son contrôle, à moins de ne pas permettre à l'accusé d'en prendre

¹⁷⁵⁰ A.-T. LEMASSON, *op. cit.*, p.148.

¹⁷⁵¹ T.P.I.Y., *Le Procureur v. Blaskic*, Chambre de première instance I, Décision, cit., 5 novembre 1996, § 24.

¹⁷⁵² *Ibid.*, art. 54(3)(e).

¹⁷⁵³ Dans ce cas il peut proposer des mesures compensatoires et, si elles ne sont pas aptes à garantir les droits de l'accusé, le juge pourra ordonner au Procureur de prendre des mesures appropriées.

¹⁷⁵⁴ C.P.I., art. 68(5).

préalablement connaissance¹⁷⁵⁵. Dans un esprit de réciprocité qui inspire le régime de la preuve, la même règle est prévue pour la communication des pièces sous le contrôle de la défense, qui est autorisée à la production de résumés. La défense s'engage à préserver la procédure de toute violation du contradictoire qui pourrait se révéler aller au détriment des autres parties¹⁷⁵⁶.

B. Les limites de la confidentialité

L'usage de renseignements confidentiels implique toute une série de précautions, même de la part de la Chambre (1), étant donné le caractère exceptionnel de ces éléments de preuve (2).

1. La limite au pouvoir d'initiative autonome de la Chambre

A moins que la source ne donne son consentement et que l'accusé en ait eu préalablement connaissance, le Procureur ne peut se servir des renseignements confidentiels comme éléments de preuve¹⁷⁵⁷; mais, si, à certaines conditions, l'accusation les produit, la Chambre ne peut pas ordonner la présentation d'éléments de preuve additionnels ni citer les sources en qualité de témoins pour les obtenir¹⁷⁵⁸. Il faut reconnaître que lesdites conditions limitent beaucoup l'usage de ces éléments de preuve et le pouvoir des juges au moment de la formation de la preuve¹⁷⁵⁹. En effet, si le témoin invoque la confidentialité, il ne peut être obligé par la Chambre à répondre sur les renseignements confidentiels¹⁷⁶⁰. La défense maintient « entier » le droit de contester tout élément de preuve confidentiel, avec les seules limites imposées par la règle 82¹⁷⁶¹. Toutefois, il faut envisager une contraction du contradictoire, dans la mesure où le droit de l'accusé de contester les moyens de preuve confidentiels subit les limitations propres à la confidentialité, malgré la teneur différente du paragraphe 4). En effet, le rôle attribué ici à l'accusé est plutôt celui d'observateur de la querelle entre juges et accusation. Les limites posées à l'accusé par les alinéas 2 et 3 de la règle 82 ne permettent pas de retenir que le droit de contestation reste « entier », comme le R.P.P. le prétendrait.

¹⁷⁵⁵ *Ibid.*, règle 81(5).

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*, règle 81(6).

¹⁷⁵⁷ *Ibid.*, règle 82(1).

¹⁷⁵⁸ *Ibid.*, règle 82(2) en corrélation avec l'art. 54(3)(e).

¹⁷⁵⁹ Cependant, rien n'empêche au juge, s'il est nécessaire pour assurer le respect du procès équitable, d'exclure ou de ne pas tenir compte des éléments de preuve dont la valeur probante est bien en deçà des exigences d'un procès équitable.

¹⁷⁶⁰ *Ibid.*, règle 82(3).

¹⁷⁶¹ *Ibid.*, règle 82(4).

Le déséquilibre dans l'égalité des armes et la violation de la *disclosure* semblent cependant trouver une raison dans la réciprocité, à savoir dans la faculté de la défense de demander et obtenir par la Chambre que la normative prévue pour la protection des pièces à conviction s'applique *mutatis mutandis* à la défense, en ce qui concerne les éléments de preuve confidentiels qui lui ont été fournis dans les mêmes conditions¹⁷⁶². Une petite remarque est néanmoins possible, dans la mesure où cette réciprocité ne s'applique pas automatiquement, devant être sollicitée par la défense. De plus, il faut souligner que, malgré l'intérêt évident de l'accusé, la règle donne le droit à la réciprocité « dans l'intérêt de la justice » et non de la défense.

2. L'exceptionnalité de la confidentialité

La confidentialité de certains renseignements ou documents dans la disponibilité du Procureur s'avère donc au préjudice de l'accusé. Le secret qui couvre les investigations assure une confidentialité qui continue parfois au cours des débats, lorsque la source ne consent pas à la divulgation pour des raisons de sécurité. En effet, l'art. 67(2) sur les droits de l'accusé entre en conflit avec l'art. 54(3) sur les devoirs et pouvoirs du Procureur¹⁷⁶³. Le problème se pose surtout lorsqu'il s'agit d'éléments de preuve à décharge qui ne sont pas divulgués en vertu d'accords de confidentialité, malgré l'intérêt et le droit de l'accusé à en prendre connaissance. La Chambre préliminaire I, la Chambre de première instance I et ensuite la Chambre d'appel ont toutes confirmé le caractère exceptionnel des accords de confidentialité, qui empêchent aux juges d'exercer leur fonctions et d'accomplir leur devoirs¹⁷⁶⁴, statuant que la procédure soit suspendue et que le Procureur, lorsqu'il est obligé par l'accord de confidentialité, communique des pièces substitutives de celles couvertes par la confidentialité¹⁷⁶⁵.

La dangerosité que la confidentialité des pièces à décharge implique pour l'équité de la procédure impose que cette situation soit permise de manière très stricte et que toute exception à la divulgation selon les règles établies soit limitée, car la règle générale impose la divulgation

¹⁷⁶² *Ibid.*, règle 82 (5).

¹⁷⁶³ *Ibid.*, règle 82.

¹⁷⁶⁴ *Ibid.*, articles 64(2), 64(3)(c) et 67(2).

¹⁷⁶⁵ C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre de première instance I, Décision relative aux conséquences de la non-communication de pièces à décharge couvertes par les accords prévus à l'article 53-3-e du Statut, à la demande de suspension des poursuites engagées contre l'accusé et à certaines autres questions soulevées lors de la conférence de mise en état du 10 juin 2008, 13 juin 2008, ICC-01/04-01/06-1401-tFRA, cit. et *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur v. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Chambre préliminaire I, Decision on Article 54(3)(e) Documents Identified as Potentially Exculpatory or Otherwise Material to the Defence's Preparation for the Confirmation Hearing, 20 juin 2008, ICC-01/04-01/07-621, cit., §§ 39-46.

intégrale¹⁷⁶⁶. Lorsqu'il faut assurer que la protection due à des situations particulières soit effective pour permettre la sécurité des témoins, des victimes ou par rapport au déroulement des enquêtes¹⁷⁶⁷, la Chambre peut faire des expurgations avant la divulgation, mais à la condition que celles-ci soient soumises à un contrôle judiciaire¹⁷⁶⁸. Sous son contrôle, elle peut également autoriser la substitution des pièces confidentielles par des moyens alternatifs mais avec le même contenu des pièces originales. Il s'agit de garantir l'équité de la procédure pour toutes les parties, pour cela la Cour, dans l'affaire Katanga et Ngudjolo, a demandé à l'accusation une prudence particulière dans l'adoption de mesures compensatoires visant à préserver le caractère équitable de la procédure et des droits de l'accusé, lorsque la procédure d'expurgation est demandée. En outre, la Cour a affirmé que, pour les expurgations, son contrôle n'est pas conditionné par les propositions provenant de l'accusation¹⁷⁶⁹.

Dans la tentative de pallier tout déséquilibre lié à la divulgation, la jurisprudence a étendu la possibilité de la divulgation aux notes prises par le Procureur aux cours de ses entretiens préliminaires avec ses témoins¹⁷⁷⁰. Il s'agit évidemment d'une hypothèse extrême, qui trouve des limites intrinsèques dans le fait que l'intérêt que la défense peut avoir à la divulgation de certains éléments de preuve dans les mains du Procureur reste toujours subordonné à la décision - toute à fait discrétionnaire - de celui-ci de choisir les éléments de preuve dont il, selon l'art. 67(2), pense se servir. De plus, c'est toujours le Procureur qui, en vertu de la règle 83, demande à la Chambre d'être entendu *ex parte* lorsqu'il faut décider en matière de divulgation, la défense étant limitée à saisir la Chambre pour rendre une décision analogue puisqu'elle n'est pas en mesure de savoir quelles sont

¹⁷⁶⁶ C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur v. Thomas Lubanga Dyilo*, Chambre de première instance I, Décision émettant une version confidentielle et une version publique expurgée de la Décision relative à des questions de communication, aux responsabilités concernant les mesures de protection et à d'autres points de procédure, 8 mai 2008, ICC-01/04-04/06-1311-tFRA, cit., voy. l'opinion dissidente du Juge Blattmann et *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur v. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « première décision relative à la requête de l'Accusation aux fins d'autorisation d'expurger des déclarations de témoins », 13 mai 2008, ICC-01/04-01/07-475-tFRA, cit., § 70.

¹⁷⁶⁷ C.P.I., art. 68(5) et règle(81)(4).

¹⁷⁶⁸ C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur v. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Chambre d'appel, Arrêt relatif à l'appel interjeté par le Procureur contre la décision de la Chambre préliminaire I intitulée « Décision fixant les principes généraux applicables aux demandes de restrictions de l'obligation de communication introduites en vertu des règles 81-2 et 81-4 du Règlement de procédure et de preuve », 13 octobre 2006, ICC-01/04-01/07-568-tFRA, cit., § 39, mais également la requête de l'accusation aux fins d'autorisation d'expurger des déclarations de témoins » du 13 mai 2008, ICC-01/04-01/07-475-tFRA, cit., § 70.

¹⁷⁶⁹ C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur v. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Chambre de première instance II, Motifs de la décision orale du 3 février 2009 relative à la procédure d'expurgation de documents obtenus par le Procureur en vertu de l'article 54-3-e) du Statut et ordonnance enjoignant au Procureur de soumettre des documents à la Chambre, 26 février 2009, ICC-01/04-01/07-931, cit.

¹⁷⁷⁰ Qui sont toujours soumises aux restrictions établies par la règle 81(1); cf. C.P.I., *Situation en République centrafricaine, Le Procureur v. Jean-Pierre Bemba Combo*, Chambre de première instance III, Decision on the Defence request for Disclosure of pre-interview assessments and the consequences of non-disclosure, 9 avril 2010, ICC-01/05-01/08-750-Red, cit., §§ 34-37.

les pièces à décharges qui pourraient être divulguées par l'accusation¹⁷⁷¹. De plus, la défense se trouve face à un double discrétionnaire par rapport auquel elle n'a pas de voie de recours : celui du Procureur de soulever un doute et de saisir la Chambre, mais également celui de la Chambre de trancher sur ce sujet, la défense devant faire confiance en l'impartialité présumée de celle-ci.

CONCLUSION CHAPITRE I

La comparaison entre les droits de l'accusé et les droits des victimes a permis de vérifier une protection statutaire des victimes méconnue auparavant au sein des autres juridictions de même nature. L'analyse a permis également de confronter deux systèmes de protections d'intérêts concurrents, qui, théoriquement, n'entrent pas en conflit entre eux. La pratique démontre la nécessité que la jurisprudence complète et comble les lacunes et les contradictions présentes dans les textes.

¹⁷⁷¹ C.P.I., *Situation en République démocratique du Congo, Le Procureur v. Germain Katanga et Mathieu Ngudjolo Chui*, Chambre préliminaire I, Decision on Article 54(3)(e) Documents Identified as Potentially Exculpatory or Otherwise Material to the Defence's Preparation for the Confirmation Hearing, 20 juin 2008, ICC-01/04-01/07-621, cit., § 2.

CHAPITRE II – LES EFFETS EXTERIEURS AU SYSTEME DE LA COUR : LA COMPARAISON AVEC LES DROITS DE LA DEFENSE DEVANT LE T.S.L.

Après cinq ans depuis le début de l'activité de la C.P.I., une nouvelle instance internationale est née dans le panorama international. Doté de ses propres règles statutaires, le T.S.L. ne pouvait se soustraire à une comparaison avec son prédécesseur, puisqu'il s'agit de la seule juridiction pénale internationale successive à la Cour, dotée d'une spécificité qui ne peut qu'avoir des répercussions sur les droits de l'accusé¹⁷⁷². Il était donc intéressant de vérifier la conformité de sa normative avec le modèle de procès équitable propre à la seule juridiction dépourvue de limites temporelles et à vocation universelle. Institué en 2007 par une résolution du Conseil de Sécurité, le T.S.L. bouleverse la machine répressive internationale, réincarnant encore une fois la précarité et l'exceptionnalité des juridictions précédentes à la C.P.I.¹⁷⁷³, laquelle, par sa nature permanente et définitive, aurait dû être le mot de la fin à la prolifération de tribunaux d'exception¹⁷⁷⁴. Mais, la C.P.I. a une compétence matérielle étendue et limitée en même temps, dans la mesure où elle couvre une pluralité de conduites criminelles qui excluent le terrorisme. La spécificité du T.S.L. est due premièrement à sa compétence *ratione materiae*, qui comprend le crime de terrorisme et à son droit matériel applicable, le droit pénal libanais (**Section I**).

La spécificité du T.S.L. réside également dans son droit procédural, qui est le résultat de la mixité entre droit international et droit libanais. Même si la composante inquisitoire est plus importante, cette mixité va en opposition avec le modèle mixte de la Cour, qui est principalement accusatoire. Dans le modèle de matrice accusatoire de la C.P.I., le magistrat instructeur est absent et l'accusé est présent, les débats se déroulent en contradictoire et accusation et défense se confrontent dans une condition d'égalité devant un juge *arbiter*. La caractéristique de la procédure du Tribunal peut *prima facie* faire penser à une restriction du système de protection de l'accusé. En particulier, on s'est demandé si la spécificité du procès devant le T.S.L., qui admet la procédure par défaut,

¹⁷⁷² H. ASCENSIO/R. MAISON, « L'activité des juridictions pénales internationales (2008-2009) », in *A.F.D.I.*, 2009, pp. 331-392 ; P. PAZARTZIS, « Tribunaux pénaux internationalisés », *A.F.D.I.*, 2003, p. 643.

¹⁷⁷³ Pour une reconstruction historique voir, B. Aurescu, « Etats, statuts territoriaux, maintien de la paix, maîtrise des armements. Le conflit libanais de 2006. Une analyse juridique à la lumière de tendances contemporaines en matière de recours à la force », *A.F.D.I.*, 2006, pp. 136-159 ; A. AZAR, « Le Tribunal Spécial pour le Liban », *R.G.D.I.P.*, 2007, pp. 643-658 ; A. LELARGE, « Le Tribunal Spécial pour le Liban », in *A.F.D.I.*, 2007, pp. 397-428 ; L. NOOTENS, « L'affaire Hariri et le tribunal spécial – Quel espoir pour le Liban ? », in *Les nouvelles du droit humanitaire*, Bruxelles, Croix Rouge de Belgique, avril 2008, n° 27, pp. 2-10.

¹⁷⁷⁴ Malgré sa création en 2007, les travaux du T.S.L. n'ont commencé officiellement que le 1^{er} mars 2009 sous la présidence du juge Antonio Cassese, ancien Président du T.P.I.Y., après quatre années d'enquête conduite par une Commission nommée par le Conseil de Sécurité de l'O.N.U., voy. H. ASCENSIO/R. MAISON, « L'activité des juridictions pénales internationales (2006-2007) », *A.F.D.I.*, 2007, pp. 432-435 ; voy. également D. MOHR, « Hariri indictment : now arrests ? » [en ligne], juillet, International Justice Tribune, No. 132, July 6, 2011, by-weekly magazine on international criminal justice, <<http://www.internationaljustice.nl>> (page consultée le 7 juillet 2011).

respecte les droits de l'accusé et les garanties d'équité appliquées par la Cour ; on s'est demandé, en outre, dans quelle mesure cette nouvelle juridiction a-t-elle été influencée par la C.P.I.; et, enfin, si le Tribunal peut remettre en discussion le régime général des garanties régissant un modèle de procès pénal international qui était censé être définitif¹⁷⁷⁵. Malgré les critiques portant sur le processus de création, le crime poursuivi, la structure et le mécanisme de fonctionnement, nous soutenons qu'il faut mettre en valeur le caractère novateur et progressiste du T.S.L., qui est envisageable surtout dans l'introduction d'un organe de la défense qui n'a pas de précédents dans le système de garantie de la Cour (**Section II**).

Section I. La spécificité du droit matériel du T.S.L.

Pour la première fois dans l'histoire de la justice pénale internationale, un tribunal est compétent en matière de terrorisme, un crime qui ne tombe pas sous la compétence de la C.P.I. (§ 1) et dont la définition a alimenté depuis toujours un long débat doctrinal (§ 2).

§ 1. De la complémentarité à la proximité

Le Statut de Rome a créé une instance détachée de toute dimension nationale, mais dont la juridiction doit se maintenir dans les limites de la complémentarité. En revanche, le Statut du T.S.L., ayant sa genèse dans une résolution du Conseil de Sécurité¹⁷⁷⁶, a créé une juridiction qui la primauté sur la juridiction interne dans un domaine où la justice nationale a échoué¹⁷⁷⁷. Toutefois, la fonction de substitution n'est pas totale, puisque le Tribunal doit se maintenir proche au Liban. L'applicabilité de la loi pénale libanaise est l'un des critères pour faire face aux exigences de proximité (**A**). Toutefois, en vertu du caractère mixte du Tribunal, les juges ont d'abord vérifié la compatibilité entre le droit national et le droit international. L'analyse n'a pas pu négliger d'aborder la *vexata quaestio* de la définition de certains crimes de droit international, une question qui a caractérisé ce type de justice dès Nuremberg et qui a concerné la définition des crimes poursuivis par la justice internationale, accusée parfois de punir pour des conduites dépourvues d'une

¹⁷⁷⁵ Voy. M.-C. BASSIOUNI, *Introduction au droit pénal international*, Bryulant, Bruxelles, 2002, p. 178 et s. ; S. FERNANDES DE GURMENDI/H. FRIMAN, « The rules of procedure and evidence of the International Criminal Court », *Y.I.H.L.*, 2000, p. 325 ; C. PHILIP/J.-Y. DE CARA, « Nature et évolution de la juridiction internationale », in *La juridiction internationale permanente*, S.F.D.I., colloque de Lyon, Pedone, Paris, 1987, p. 11.

¹⁷⁷⁶ Le Statut du T.S.L. a été créé par l'Accord entre l'O.N.U. et la République libanaise par application de la Résolution 1664/2006 du Conseil de Sécurité, en date du 29 mars 2006. L'Accord, annexé à la Résolution n. 1757/2007, a été adopté par le Conseil de Sécurité le 30 mai 2007.

¹⁷⁷⁷ B. S. Brown, *ibid.* ; E. Lambert-Abdelgawad, « Le dessaisissement des tribunaux nationaux au profit des tribunaux pénaux internationaux: un encadrement abusif par le droit international de l'exercice de la compétence interne? », *R.G.D.I.P.*, 2004, p. 408.

définition. Le problème a concerné également la C.P.I. en matière de crime d'agression. A cet égard, la différence entre les deux juridictions est que la C.P.I. a donné une définition conventionnelle du crime d'agression, alors que le T.S.L. a produit une définition jurisprudentielle du crime de terrorisme (§ 2).

A. Une compétence *ratione materiae* atypique

La particularité du Statut du T.S.L. par rapport au Statut de Rome est qu'il a créé un tribunal hybride, à mi chemin entre dimension nationale et internationale. Cette mixité est évidente surtout dans le droit applicable, le droit pénal national en matière de terrorisme (1), qui est l'expression de la proximité avec le Liban. Toutefois, le Statut du T.S.L. se conforme au droit international (2).

1. L'applicabilité de la loi pénale libanaise

Le choix d'une juridiction internationalisée, destinée à poursuivre les responsables de l'attentat terroriste accouru à Beyrouth le 14 février 2005 et qui a entraîné la mort du Premier Ministre Rafiq Hariri, se justifie par la gravité du crime de terrorisme sur le plan international¹⁷⁷⁸, par l'importance que la communauté internationale a donné à l'attentat contre Hariri et par l'impossibilité des autorités libanaises de donner un nom aux responsables d'un épisode si grave pour l'ordre démocratique du Liban et pour la stabilité du Moyen Orient¹⁷⁷⁹. Le T.S.L. est compétent à l'égard de violations du droit pénal libanais, de par leur nature destinées à être sanctionnées par la justice nationale, mais sa juridiction se fonde sur la primauté du Tribunal sur la justice nationale et non sur la complémentarité propre à la juridiction de la C.P.I.

En tant que juridiction de proximité, le T.S.L. n'applique que la loi pénale libanaise. Il s'agit d'une spécificité par rapport à la C.P.I., qui applique le D.I.P. et aux autres juridictions pénales internationales du même caractère hybride, comme les C.E.T.C., qui appliquent aussi bien le droit international que le droit national. En particulier, selon l'art. 2 du Statut, le droit applicable est le Code pénal libanais de 1943, en particulier les dispositions relatives à la poursuite et à la répression

1778 En réalité, aux termes de l'art. 1 du Statut, le T.S.L. est également compétent pour toute autre infraction de la même gravité présentant un lien de connexité avec l'attentat du 14 février 2005.

1779 L'hypothèse de qualifier les faits poursuivis par le T.S.L. comme crimes de droit international, en particulière comme crimes contre l'humanité – de même que les autres tribunaux internationalisés - avait été écartée. Evidemment, la solution adoptée, visant à inscrire les infractions dans une dimension nationale, a introduit une nouvelle tendance de l'O.N.U. en matière de création de juridictions sur la base du Chapitre VII. A cet égard, voy. le Rapport du Secrétaire général, (S/2006/893) cité, §§ 23-24: « les 14 attentats commis au Liban pouvaient correspondre à la définition *prima facie* du crime contre l'humanité » ; addendum, (S/2006/893/Add.1), §2 ; voy. J.-C. Martin, *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 233-261.

des actes de terrorisme, des crimes et délits contre la vie et l'intégrité physique des personnes, des associations illicites et de la non-révélation de crimes et délits, y compris les règles relatives à l'élément matériel de l'infraction, à la participation criminelle et à la qualification de complot, mais également la loi libanaise du 11 janvier 1958, en particulier les articles 6 et 7 renforçant les peines relatives à la sédition, à la guerre civile et à la lutte confessionnelle. Toutefois, le renvoi à la loi pénale libanaise n'est pas total ni inconditionné, dans la mesure où certaines dispositions de la législation nationale, comme la condamnation à la peine capitale et aux travaux forcés, ne sont pas appliqués par le T.S.L., n'étant pas respectueux des standards internationaux sur les droits de l'homme auxquels le T.S.L. se conforme.

Le première acte d'accusation a été rendu public en août 2011 et présent neuf chefs d'accusations envers quatre personnes accusés de l'attentat : Mustafa Amine Badreddine, Salim Jamil Ayyash, Hussein Hassan Oneissi et Assad Hassan Sabra. Le 10 octobre 2013, le Juge de la mise en état a rendu public un acte d'accusation avec un cinquième suspect, Hassan Habib Merhi, dont il a été ordonné la jonction avec le procès principal et qui a été remporté pour permettre à l'accusé de préparer convenablement sa défense. En 2014, une troisième procédure a été ouverte formellement envers deux journalistes accusé d'avoir entraver le cours de la justice, en divulguant les noms de certains témoins anonymes¹⁷⁸⁰. Enfin, le 16 janvier 2014 il y a eu la première audience, où la défense a contesté le manque de divulgation de certains documents de la part de l'accusation et la matrice politique du procès, qui serait contre Hezbollah plutôt que contre les accusé personnellement. Le nombre des victimes admises à participer à la procédure s'élève à 65.

2. La proximité à travers la mixité normative

En tant que juridiction dite internationalisée, le T.S.L. doit également se tenir au droit international. En effet, la mixité de sa nature coïncide avec une mixité normative qui implique, d'une part, l'applicabilité du droit pénal libanais – art. 2 du Statut – et, d'autre part, des principes de D.I.P. – art. 3 du Statut -. En particulier, le paragraphe 1 de l'article 3 établit les modes de la responsabilité pénale individuelle selon le droit international, en vertu desquels il est pénalement responsable quiconque a commis, participé, organisé ou ordonné le crime, ou quiconque a contribué, intentionnellement ou de toute autre manière, à sa perpétration de la part d'un groupe de personnes agissant de concert, étant en pleine connaissance de l'intention du groupe. Les paragraphes 2 et 3 indiquent également les normes internationales concernant la responsabilité du

¹⁷⁸⁰ S.T.L., *The Procureur v. Mustafa Amine Badreddine, Salim Jamil Ayyash, Hussein Hassan Oneissi et Assad Hassan Sabra*, Acte d'accusation, STL-11-01/I/PTJ, 10 juin 2011.

supérieur hiérarchique et la responsabilité pour l'ordre du supérieur¹⁷⁸¹. Mais la référence à la normative internationale est encore plus étendue, comprenant les normes « *les plus élevées, afin de garantir un procès rapide et efficace* »¹⁷⁸². Des principes tels que la présomption d'innocence ou le *ne bis in idem* sont naturellement présents dans le Statut du Tribunal¹⁷⁸³ et l'art. 16 assure les droits de l'accusé, dont le respect est également confié à l'œuvre d'interprétation des juges et à leur attitude à forger la procédure « *selon ce qui conviendra* »¹⁷⁸⁴. D'ailleurs, à la différence de la C.P.I., le R.P.P. du T.S.L. – conformément aux T.P.I. – a été créé par ses propres juges le 20 mars 2009 et est destiné à être amendé car le Statut établit que la procédure ne doit pas être rigide, mais susceptible de subir des adaptations et perfectionnements selon le stade de la procédure et selon les standards juridiques libanais et internationaux.

Conformément aux standards internationaux sur les droits de la défense, l'article 15 du Statut et les articles 65 et 66 du R.P.P. assurent à la personne suspectée – le terme « suspect » a été introduit – plusieurs garanties : le droit de ne pas être obligé de témoigner contre soi-même ni de s'avouer coupable ; de garder le silence, sans que ce choix soit pris en considération pour déterminer ou non sa culpabilité, et d'être averti que ses déclarations seront enregistrées selon une certaine procédure¹⁷⁸⁵ et pourront être utilisées comme éléments de preuve, ce qui est une garantie ultérieure par rapport à l'art. 55(1)(c) du Statut de Rome ; d'être interrogé dans une langue qu'il parle et comprend et, en cas contraire, de se faire assister gratuitement par un interprète ; d'être informé des raisons de l'enquête contre lui ; d'être assisté par un conseil de son choix et, s'il est indigent, de se voir commettre un conseil par le Bureau de la Défense, ce qui est une nouveauté par rapport à la C.P.I., afin d'être interrogé en présence de son conseil, à moins qu'il n'y ait renoncé volontairement et expressément¹⁷⁸⁶. Il faut souligner le caractère innovateur du T.S.L., par rapport au Statut de Rome, est démontré par l'ampleur des garanties du suspect qui jouit du droit supplémentaire d'être informé, avant l'interrogatoire conduit par le Procureur ou par toute autorité chargée de l'interrogatoire, de toute possible conséquence négative dérivant de ses déclarations, notamment les déclarations auto-incriminatrices, qui pourront toujours être utilisées par la suite comme preuve à charge.

¹⁷⁸¹ Cf. les art. 28 et 33 du Statut de la C.P.I.

¹⁷⁸² T.S.L., art. 28(2) St.

¹⁷⁸³ Voy. l'article 5(1) du Statut et l'art. 23 du Règlement de procédure et de preuve. Toutefois, à cause des déficiences de la machine judiciaire, et des doutes liés à l'impartialité et à l'indépendance des juges nationaux et des risques concrets d'instrumentalisation des poursuites nationales visant à soustraire les accusés à la justice, il est possible qu'une personne puisse être rejugée par le T.S.L. sur les mêmes faits pour lesquels elle avait été poursuivie par les autorités libanaises, voy. article 5 par. 2 du Statut.

¹⁷⁸⁴ T.S.L., art. 28 St. et article 5 R.P.P.

¹⁷⁸⁵ *Ibid.*, art. 66 R.P.P.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*, art. 15 St. et art. 65 R.P.P.

En revanche, la protection offerte par le Statut du T.S.L. est comparable à celle du Statut de Rome, lorsqu'il charge le Procureur du devoir d'informer le suspect qu'il y a des raisons de croire qu'il a commis un crime relevant de la compétence du Tribunal. Il s'agit d'un droit qui n'était pas prévu dans le R.P.P. des T.P.I.¹⁷⁸⁷. De plus, à la différence des textes fondateurs des juridictions pénales internationales et internationalisées, le Statut du T.S.L. prescrit que, avant d'être interrogée par le Procureur, la personne suspectée doit être informée qu'elle n'est pas obligée de témoigner contre soi-même ni de s'avouer coupable, et qu'elle doit être informée, dans une langue qu'elle parle et comprend parfaitement, de son droit de garder le silence, sans qu'aucune conclusion défavorable ou favorable ne puisse en être déduite¹⁷⁸⁸. La particularité par rapport au Statut de la C.P.I.¹⁷⁸⁹ est donc que l'art. 15(b) précise également que la personne doit être prévenue que toute déclaration de sa part sera enregistrée et pourra être utilisée comme élément de preuve.

Les droits de la personne accusée sont protégés par les articles 16 du Statut et 69 du R.P.P.¹⁷⁹⁰ et comprennent les droits suivants : être considérés égaux devant le juge et la loi ; avoir un procès équitable et public ; être présumé innocent et ne pas subir le reversement du fardeau de la preuve ; prendre connaissance, dans le plus court délai et dans une langue qu'il comprend et de façon détaillée, des motifs de l'accusation portés contre lui ; communiquer librement avec le conseil de son choix et disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ; être jugé sans retard excessif ; être présent au procès ou y renoncer¹⁷⁹¹, ce qui est une exception par rapport à la normative de la C.P.I.; se défendre soi-même ; être informé du droit à avoir un conseil, avec toutes les conséquences liées au droit à la défense ; contre-interroger les témoins à charge et, dans les mêmes conditions, demander et interroger des témoins à décharge ; examiner tous les éléments de preuve à charge¹⁷⁹² ; faire des déclarations pertinentes à tout stade de la procédure et sans aucune déclaration solennelle avant de prendre la parole¹⁷⁹³.

¹⁷⁸⁷ *Ibid.*, art. 15(a) St.

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*, art. 15(b) St.

¹⁷⁸⁹ C.P.I., art. 55.

¹⁷⁹⁰ Mais l'article 69 fait également référence, *mutatis mutandis*, aux articles 65 et 66 sur les susmentionnés droits dont jouit le suspect, voy. T.S.L., art. 144(B) R.P.P.

¹⁷⁹¹ Voy. les dispositions du T.S.L. sur la renonciation au droit d'être présent à la procédure, article 104 du R.P.P. ou de participer à l'audience par vidéoconférence, art. 105 du R.P.P.

¹⁷⁹² Voy. l'article 110 du R.P.P. concernant l'obligation retombant sur le Procureur de communication des pièces à la défense. En réalité, conformément à l'obligation à la *disclosure*, le R.P.P. du T.S.L. oblige le Procureur à communiquer à la défense, aussitôt que possible, tous les éléments de preuve à décharge, voy. art. 113 du R.P.P., faute l'application de sanctions, et l'art. 114 du R.P.P.. L'obligation demeure continue pendant la procédure toute entière, voy. l'art. 120.

¹⁷⁹³ T.S.L., art. 144(A)(C) R.P.P. ; l'alinéa D) de cet article donne à l'accusé également le droit de comparaître en qualité de témoin pour sa propre défense, ce qui, en revanche, implique des obligations propres aux témoins, voir l'obligation de rendre une déclaration solennelle avant de prendre la parole ; cet engagement oblige l'accusé à dire la vérité, une vérité à laquelle il n'est plus tenu en manque de déclaration solennelle. Au-delà du problème lié au droit ou non de mentir, on peut noter que le droit de rendre des déclarations et le droit de témoigner pour sa propre défense sont

B. La *vexata quæstio* de la définition des crimes en D.I.P.

Du point de vue du respect du principe de légalité et de la non-rétroactivité de la loi, le T.S.L. a démontré plus de dynamisme par rapport à la C.P.I., dans la mesure où le processus pour la définition du crime d'agression et du crime de terrorisme ont des temps d'action différents. Le crime d'agression a été défini douze ans après la signature du Statut de Rome (1), alors que le problème de la définition du crime de terrorisme, le nœud central de la compétence du T.S.L., a été tranché par la première jurisprudence du Tribunal en 2011, quatre ans après l'entrée en vigueur du Statut du T.S.L. (2)

1. Le crime d'agression, une définition conventionnelle

La compétence de la C.P.I. en matière d'agression a été paralysée pendant des années du fait du caractère conventionnel du document fondateur de la Cour, qui a rendu plus complexe toute modification du Statut à cause des difficultés pour les Etats Parties de rejoindre un accord portant sur une définition partagée. Le Statut de la C.P.I. n'est pas l'expression d'un groupe restreint de puissances victorieuses, puisqu'il est un accord où se concentre la présence d'un grand nombre d'Etats, qui ont exprimé leur volonté de réprimer ce crime au niveau international. Par l'adoption du Statut de Rome, le crime d'agression est donc devenu contraire également à un instrument conventionnel. Toutefois, au moment de la signature de l'Accord de Rome, ladite volonté n'avait pas été accompagnée par une définition dudit crime, ce qui avait été renvoyé à l'occasion de la première Conférence de révision du Statut. Il a fallu attendre douze ans avant qu'un *consensus* sur la définition d'agression ne rende effective la compétence de la Cour en matière d'agression.

La Conférence de Kampala, en 2010, a permis d'aboutir à une définition d'agression partagée. En fait, il s'agit de la même définition déjà adoptée par le *Special Working Group on the Crime of Aggression*, qui a donc transité dans le texte de l'art. 8bis du Statut de Rome, fixant également les conditions de l'exercice de la compétence. En Uganda, les Etats ont établi que la Cour peut exercer sa juridiction sur ce crime uniquement pour les actes perpétrés un an après la ratification de l'amendement de la part d'au moins trente Etats Parties, à savoir un an après l'introduction de l'art. 8bis. Seulement en 2010, la définition du crime d'agression a donc été

très différents et le fait que ce dernier n'est pas indiqué parmi les droits de l'accusé pourrait faire croire à une simple faculté plutôt qu'un vrai droit, ce qui implique des conséquences moins importantes en cas de violation.

libérée de la stagnation et de la paralysie de la juridiction de la Cour à cet égard¹⁷⁹⁴. L'art. 8bis du Statut de la C.P.I., évoquant la définition adoptée par les juges de Nuremberg, définit ce crime comme "*an act of aggression which, by its character, gravity and scale, constitutes a manifest violation of the Charter of the United Nations*"¹⁷⁹⁵. Depuis la Conférence de Kampala, la justice de la C.P.I. vise donc les hiérarchies civiles et militaires accusées de toute agression armée perpétrée au-delà des limites imposées par la Charte des N.U.¹⁷⁹⁶.

2. Le crime de terrorisme, une définition jurisprudentielle

Avant la confirmation du premier acte d'accusation¹⁷⁹⁷, les juges du Tribunal se sont demandé si, à l'égard du droit matériel applicable, ils devaient tenir compte également de la normative internationale en la matière. S'agissant d'une juridiction hybride, il fallait vérifier la compatibilité du droit national avec le droit international en matière de terrorisme. La question a été tranchée par la Chambre d'appel en vertu de la décision préjudicielle du 16 février 2011 sur l'interprétation du droit applicable¹⁷⁹⁸. La question avait été posée par le Juge de la mise en état, lequel demandait à la Chambre d'appel de se prononcer préliminairement sur une série de questions préjudicielles nécessaires pour lui permettre de décider sur la confirmation de l'acte d'accusation présenté par le Procureur le 17 janvier 2011¹⁷⁹⁹. En date du 2 mars 2012, le Juge de la mise en état, à la suite de la requête du Procureur de modification de l'acte d'accusation, a présenté une demande analogue à la Chambre d'appel aux fins de définir le crime d'« association de malfaiteurs » présente dans l'article 335 du Code pénal libanais. Il s'agit d'une faculté que le R.P.P. attribue au Juge de la

1794 La Charte de Londres définait ce crime comme l'activité consistant à "*planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of the foregoing*", art. 6(a). Le crime de guerre d'agression était un crime également pour l'art. 5(a) de la Charte du Tribunal Militaire pour l'Extrême Orient. En la matière voy. la rés. 3314/1974 A.G. des N.U. qui fait référence à l'art. 2(4) de la Charte des N.U.

1795 C.P.I., art. 8bis; voy. RC/Res 6 du 11 juin 2010, ainsi comme formulé par le *Special Working Group on the Crime of Aggression*, cf. le rapport final 2009 (ICC-ASP/7/SWGCA/2).

1796 Le 24 octobre 1945, la Charte de l'O.N.U. a interdit toute menace et usage de la force "*against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations*", art. 2(4) Ch., avec les seules exceptions représentées par l'autorisation du C.d.S. et de la légitime défense.

1797 Le premier acte d'accusation a été émis par le T.S.L. en août 2011 et contient neuf chefs d'imputation contre les premiers quatre suspects officiels : *Mustafa Amine Badreddine, Salim Jamil Ayyash, Hussein Hassan Oneissi et Assad Hassan Sabra*, voy. l'acte d'accusation du 10 juin 2011, STL-11-01/I/PTJ.

1798 STL-11-01/I, Chambre d'appel, Décision préjudicielle sur le droit applicable: terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualification, 16 février 2011.

1799 Le 8 février 2012, le Procureur lui avait demandé l'autorisation de compléter l'acte d'accusation pour l'ajout de l'incrimination d'association de malfaiteurs. Pour décider sur cette requête, le Juge de la mise en état s'était appuyé sur la définition donnée par la Chambre d'appel, grâce à laquelle il sera en mesure de rejeter ou confirmer tout ou en partie les modifications proposées par le Procureur. Pour l'instant, tout examen sur ce problème a été suspendu par ordre du Président ; *Le Procureur v. Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hussein Hassan Oneissi & Assad Hassan Sabra*, Requête du Procureur aux fins d'obtenir l'autorisation de modifier l'acte d'accusation conformément à l'art. 71(A)(ii) Règlement, soumission d'un acte d'accusation modifié et demandes du Procureur s'y rapportant, 8 février 2012, STL-11-01/PT/PTJ.

mise en état pour permettre au Tribunal d'éviter tout retard non justifié et garantir un procès rapide et équitable¹⁸⁰⁰.

Au cours de l'examen, l'attention des juges s'était focalisée sur le droit applicable par le Tribunal, au-delà du simple renvoi aux dispositions de la législation libanaise, dont l'applicabilité n'était donc pas en discussion¹⁸⁰¹. Le T.S.L. a ainsi répondu à la question si la loi pénale libanaise en matière de terrorisme devait être interprétée à la lumière de l'évolution du droit international, au-delà du problème de l'absence présumée d'une définition partagée de la notion de terrorisme¹⁸⁰². Mais pour répondre à la question, les juges de la Chambre d'appel ont dû également démêler préliminairement le nœud lié à l'existence d'une notion de terrorisme, en vérifiant l'état de la normative internationale en matière de terrorisme. En effet, ils ont dû résoudre préliminairement tout doute lié à l'existence d'une définition de ce crime en droit international. Le problème de la définition du crime le plus grave sous la compétence du Tribunal devait donc être éclairci pour garantir aux accusés le respect du principe de légalité.

Pour vérifier et comprendre l'incidence du droit international sur le droit national, la Chambre a d'abord souligné l'importance au niveau international du crime de terrorisme, démontrée par le fait que sa définition et la façon de le réprimer ont intéressé la communauté internationale et les

1800 Une faculté dont le Juge dispose en vertu de l'art. 68 alinéa G) du R.P.P., qui a été amendé à ce but ; pour les autres questions posées par le Juge de la mise en état, voy. Chambre d'appel, Décision citée, § 42. Toutefois, il faut considérer une certaine doctrine contraire à cette compétence ultérieure, jugée *ultra vires*, qui certainement ne rentrait pas dans la procédure, dans la mesure où le pouvoir a été conféré à la Chambre d'appel seul après la modification du R.P.P., en date 10 novembre 2010, qui a ajouté l'alinéa G) : « *Le Juge de la mise en état peut soumettre à la Chambre d'appel toute question préjudicielle sur l'interprétation de l'Accord, du Statut et du Règlement concernant le droit applicable qu'il juge nécessaire afin d'examiner l'acte d'accusation et de rendre une décision sur celui-ci* » ; le même argument a été adopté par la Défense à propos de la requête que le Juge de la mise en état a adressé à la Chambre d'appel sur l'interprétation du droit libanais en matière d'association de malfaiteurs, STL-11-01/PT, Juge de la mise en état, Ordonnance relative aux questions préjudicielles concernant le crime d'association de malfaiteurs adressées aux Juges de la Chambre d'appel conformément à l'article 68(G) et 71(A)(ii) du Règlement, 2 mars 2012 ; voy. également les arguments de la Défense à cet égard, qui se basent sur le principe de la séparation des fonctions du juge et du législateur, STL-11-01/PT/AC, Version publique expurgée des observations de la Défense de M. *Badreddine* suite à l'ordonnance du Président du 16 mars 2012, 23 mars 2012 ; conformément à cet argument, voy. M. Gillet/M. Schuster, « *Fast-track Justice. The Spécial Tribunal for Lebanon Defines Terrorism* », *J.I.C.J.* (2011), pp. 991-997.

1801 Voy. H. ASCENSIO/R. MAISON, *op. cit.*, 2007, pp. 432-435.

1802 En faveur de l'existence d'une définition de terrorisme universellement acceptée et sur l'absence d'un accord sur l'exception à la définition en ce qui concerne les *freedom fighters*, voy. A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale, I. Diritto sostanziale*, Il Mulino, Bologna, 2005, pp. 162-175; sur le sujet voy. également G. COUGHLAN, *Wanted – A definition on terrorism*, by International Justice Tribune, Radio Netherlands Worldwide, 21 February 2011, www.rnw.nl, (consulté le 24 février 2011) ; Y. DINSTEIN, *International Legal Response to Terrorism, Le droit international à l'heure de sa codification, Mélanges Roberto Ago*, t. II, A. Giuffré, Milan, 1987, pp. 139-152 ; J.-C. MARTIN, *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Bruylant, Bruxelles, 2006, pp. 33-98 ; J.-F. GAYRAUD, Définir le terrorisme : Est-ce possible, est-ce souhaitable ?, *Revue de criminologie et de police technique*, 1988, n° 41, pp. 185-202 ; E. HUGUES, La notion de terrorisme en droit international : en quête d'une définition juridique, *J.D.I.* (2002), pp. 753-771.

experts du droit international pendant des décennies¹⁸⁰³. Suite à son examen, la Chambre d'appel a ainsi confirmé l'existence d'une définition de terrorisme universellement acceptée, qui aurait permis la cristallisation en droit coutumier du terrorisme comme crime international et dont l'absence d'une définition conventionnelle n'excluait pas l'existence d'une définition coutumière¹⁸⁰⁴.

§ 2. Le crime de terrorisme selon le T.S.L.

L'existence d'une définition du terrorisme en droit international coutumier (A) est une référence pour l'applicabilité de la loi pénale libanaise en la matière (B).

A. Le caractère coutumier de la notion

Par la décision préjudicielle du 16 février 2011, le Tribunal a établi que le manque d'accord au niveau international (1) n'a pas empêché la cristallisation d'une définition du crime de terrorisme international, qui se caractérise par sa dimension transnationale (2).

1. Les tergiversations de la communauté internationale

Sur le plan international, le problème qui a toujours accompagné le crime de terrorisme a été l'impossibilité d'aboutir à un accord sur une définition qui soit formellement traduite dans un traité international, à cause du refus de certains pays de considérer comme terroristes les combattants pour la liberté¹⁸⁰⁵. L'exception a été soulevée principalement par la Ligue Arabe et par la Conférence Islamique, qui ne considèrent pas les *freedom fighters* comme des terroristes, même lorsque leur actions touchent les civils du fait que la lutte serait justifiée par la seule finalité de la libération nationale¹⁸⁰⁶. Les hésitations de la communauté internationale ont eu comme conséquence que les travaux des N.U. portant sur une Convention générale en matière de terrorisme ont continué à rester

1803 Déjà en 1914, à l'époque de l'assassinat à Sarajevo de l'Archiduc François Ferdinand, le problème de la définition de ce crime a occupé la communauté internationale et l'attentat du 11 septembre 2001 a réveillé le problème sans le résoudre. Voy. W. GEHR, « Le Comité contre le terrorisme et la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité », *Actualité et droit international*, www.ridi.org/adi/articles/2003/200301geh.pdf; F.-L. KIRGIS, *Terrorist Attacks on the World Trade Center and the Pentagon*, *American Society of International Law Insights*, sept. 2001, en ligne : <http://www.asil.org/insights/insigh77.htm>.

1804 A ce titre, voy. Y. DINSTEIN, *War, aggression and self-defence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, Third edition, p. 181; M. VENTURA, "Terrorism According to the STL's Interlocutory Decision on the applicable Law", *J.I.C.J.* (2011), pp. 7-16.

1805 A. CASSESE, *Le droit international et la question de l'assistance aux mouvements de libération nationale*, *R.B.D.I.* (1986), pp. 307-326 ; J.-C. Martin, *ibid.*, pp. 69-90.

1806 Pareillement, les palestiniens contre l'occupation israélienne ou les sud-africains contre l'apartheid.

bloqués pendant des années¹⁸⁰⁷ et, puisque le débat sur une définition conventionnelle du crime de terrorisme est encore en cours, l'opinion générale est qu'une définition du crime n'existe pas encore. En réalité, l'absence d'un accord sur la définition n'implique pas forcément l'absence totale d'une définition, parce que l'absence d'une définition conventionnelle peut ne pas avoir empêché la formation d'une définition coutumière. Ladite conclusion démontrerait, paradoxalement, que la coutume internationale présente parfois une vitesse supérieure au droit conventionnel, trop ralenti par les difficultés pour atteindre un accord entre plusieurs entités étatiques.

A cet égard, le T.S.L. a donc eu le mérite d'avoir réveillé de son sommeil le long débat doctrinal sur l'existence d'une définition internationale du crime de terrorisme, contribuant ainsi à l'évolution et à la cristallisation de la coutume en la matière¹⁸⁰⁸. A travers l'analyse de la pratique des tribunaux nationaux, de la législation de 35 nations et d'autres documents internationaux, la Chambre d'Appel du T.S.L. a observé qu'un certain nombre de traités, de résolutions des Nations Unies¹⁸⁰⁹ et également une certaine pratique judiciaire au niveau national avaient démontré l'existence d'une règle coutumière de droit international en matière de terrorisme en temps de paix,

1807 Voy. La Résolution 3314 de l'AG. ; la normative internationale lacunaire a fait que les actes terroristes soient poursuivis surtout en tant que crime de guerre, sur ce point cf. J.-C. MARTIN, *ibid.*, pp. 447-498.

1808 Voy. également l'avis contraire de la doctrine, qui critique l'interprétation expansive de la définition de terrorisme donnée par la Chambre d'appel, qui porterait atteinte au principe de légalité, dans l'application de la norme du Code pénal libanais, M. Gillet/M. Schuster, *op. cit.*, pp. 997-1014.

1809 Sur la définition de terrorisme, voy. : Résolution de l'A.G. n. 49/60 du 9 décembre 1994 ; la Résolution du Conseil de sécurité n. 1373 du 28 septembre 2001, prononcée sur la base du Chapitre VII après le 11 septembre 2001 pour promouvoir la coopération des États dans la lutte et dans la prévention du terrorisme. Cf. également: the Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft (1963) ; the Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft (1970) ; OAS Convention to Prevent and Punish Acts of Terrorism Taking the Form of Crimes against Persons and Related Extortion that are of International Significance (1971) ; the Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against International Protected Persons, including Diplomatic Agents (adopted by the General Assembly of the United Nations on 14 December 1973) ; the International Convention against the Taking of Hostages (adopted by the General Assembly of the United Nations on 17 December 1979) ; the European Convention for the Suppression of Terrorism (1977) ; the Convention on Physical Protection of Nuclear Material (1980) ; SAARC Regional Convention on the Suppression of Terrorism (1987) ; the Protocol on the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation, supplementary to the Convention for the Suppression of the Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation (1988) ; the Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation (1988) ; the Protocol for the Suppression of Unlawful Acts against Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf (1988) ; the Convention on the Marking of Plastic Explosive for the Purpose of Detection (1991) ; the International Convention for the Suppression of Terrorist Bombing (adopted by the General Assembly of the United Nations on 15 December 1997) ; the Arab Convention on the Suppression of Terrorism (1998) ; the Convention of the Organization of the Islamic Conference on Combating International Terrorism (1999) ; the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (adopted by the General Assembly of the United Nations on 9 December 1999) ; OAU Convention on the Prevention and Combating of Terrorism (1999) ; the Treaty on Cooperation among States Members of the Commonwealth of the Independent States in Combating terrorism (1999). A ce titre, voy. M.-C. BASSIOUNI, *Criminal L.R.* (2001), July, pp. 527-542; B. SAUL, *Defining Terrorism in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 270; R. BAMIDGE, "Terrorism: Arriving at an Understanding of a Term", in *Terrorisme et droit international*, Nijhoff, Leiden, 2008, pp. 157-193; O.-Y.-E., *International Law Documents Relating to Terrorism*, Cavendish, London, 1995.

l'existence de la même règle étant *in statu nascendi*¹⁸¹⁰ en période de conflit armé¹⁸¹¹. Selon la décision, l'existence de cette règle coutumière serait confirmée par l'*opinio juris*¹⁸¹² *ac necessitatis*¹⁸¹³ au sein de la communauté internationale, et par la *diuturnitas*, même si le moment où cette règle est née n'est pas clair¹⁸¹⁴. Selon l'analyse de la Chambre, l'opinion partagée par la communauté internationale est qu'il faut interdire et combattre le terrorisme « *sous toutes les formes et quels qu'en soient les motivations, les auteurs et les victimes, sur la base du droit international* »¹⁸¹⁵. En temps de paix, la règle coutumière de droit international, qui se fonde sur une obligation légale suivant une nécessité sociale précise, impose la répression de ce crime tant aux individus qu'aux sujets de droit international et donc aux Etats obligés à la répression de ce crime au niveau national¹⁸¹⁶.

2. La dimension transnationale du crime de terrorisme

L'analyse de la règle coutumière a relevé la présence de trois éléments nécessaires à la configuration d'un acte comme acte de terrorisme:

I - la perpétration ou la menace d'un acte criminel (contre des civils ou des militaires pas engagés dans des actions militaires);

II - l'intention de répandre la peur parmi la population ou de contraindre directement ou indirectement une autorité nationale ou internationale à accomplir un certain acte ou à s'abstenir de l'accomplir;

1810 Voy. T.P.I.Y., *Tadić*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, par. 94 ; L.-C. GREEN, *The contemporary law of armed conflict*, Juris Publishing-Manchester University Press, Manchester, 2000, p. 16 ; Y. DINSTEIN, *War, aggression and self-defence*, Third Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 181, 214, 261.

1811 Sur le terrorisme en temps de conflits armés, voy. Y. DINSTEIN, *ibid.*, pp. 204-205, 213-214 et 241-242 ; voy. également D. CUMMIN, « Tentative de définition du terrorisme à partir du *jus in bello* », *R.S.C.* (2004), pp. 11-30.

1812 Voy. *Affaires du Plateau Continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c Danemark ; République Fédérale d'Allemagne c Pays-Bas)*, Arrêt, C.I.J. Recueil (1969) 4, p. 43 et 44, par. 76 et 77.

1813 Voy. *l'Affaire Nicaragua, Activités militaire et paramilitaires au Nicaragua et à l'encontre de celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, Arrêt, C.I.J. Recueil (1986) 14, p. 98, par. 186. T. Meron, *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006, pp. 126 et 256 ss.

1814 T. MERON, *ibid.* ; quant au processus de transformation des normes non contraignantes en normes contraignantes, voy. U. LEANZA, *Il diritto internazionale. Da diritto per gli Stati a diritto per gli individui*, G. Giappichelli Editore, Torino, pp. 75-79.

1815 Voy. le Rapport présenté au Comité contre le terrorisme (Iran), 27 décembre 2001, S/2001/1332, par. 2.

1816 Voy. le Manuel sur le rôle de la justice pénale dans la lutte contre le terrorisme, U.N.O.D.O.C., Série de manuels sur la réforme de la justice pénale, 2009, pp. 5-31 ; B. Simma, « *International Crimes : Injury and Countermeasures, Comments on Part 2 of the ILC Work on State Responsibility* », in J.-H.-H. WEILER/A. CASSESE/M. SPINEDI (ed.), *International Crimes of State : a Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility* 283, 1989.

III - la présence, au sein de cet acte, d'un élément d'extranéité (l'acte perpétré doit présenter une dimension transnationale, dans la mesure où il doit impliquer plusieurs États ou les citoyens de plusieurs nationalités, entre terroristes et victimes).

Les deux premiers éléments, matériel et intentionnel, sont communs à la majorité des États ; il s'agit de deux éléments qui appartiennent à une dimension nationale, puisqu'ils sont présents dans la législation et dans la pratique nationale, alors que l'élément d'extranéité donne le caractère transnational à une conduite criminelle qui, autrement, serait cataloguée comme infraction nationale¹⁸¹⁷. La Chambre d'Appel a toutefois précisé que le troisième élément n'est pas demandé pour la notion de terrorisme, qui se compose principalement des deux éléments. L'implication d'autres États fait que le crime devient une menace pour la paix et la sécurité internationale ou au moins une menace pour un certain nombre d'États voisins¹⁸¹⁸. D'ailleurs, le T.S.L. a été institué par le C.d.S. qui avait jugé l'attentat terroriste comme une menace à la paix et à la sécurité internationale, à cause de la dimension transnationale de l'attentat contre Hariri.

Même s'il n'y a pas d'accord sur l'existence d'une définition partagée, la présence de ces trois éléments dans la notion de terrorisme ne peut pas être niée¹⁸¹⁹. Par contre, des divergences existent encore en ce qui concerne les raisons de l'acte terroriste, car, normalement, les terroristes accomplissent l'acte criminel pour des raisons politiques ou idéologiques et non par vengeance, pour finalités lucratives ni pour cause de folie personnelle¹⁸²⁰. En conclusion, selon la Chambre

1817 L'élément d'extranéité est soutenu par de nombreux documents internationaux analysés par la Chambre d'appel, qui démontrent qu'une *opinio juris* s'est formée sur cet élément transnational. De plus, la dimension internationale de ce crime est donnée par le fait que les crimes internationaux sont considérés par la communauté internationale une menace à l'égard de valeurs universelles comme la paix et les droits de l'homme. Le nombre de traités et résolutions en matière de terrorisme démontre donc la préoccupation de la communauté internationale et l'opinion répandue qu'il faut punir ce crime. Voy. la notion de coutume internationale donnée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Plateau continental, *Affaires du Plateau Continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c Danemark ; République Fédérale d'Allemagne c Pays-Bas)*, Arrêt, C.I.J. Recueil (1969) 4, p. 43 et 44, par. 76 et 77 ; STL-11-01/I, Chambre d'appel, Décision préjudicielle sur le droit applicable : terrorisme, complot, homicide, commission, concours de qualifications, 16 février 2011, §§ de 85 à 148 ; voy. également les Observations du Procureur, § 25 ; mais sur la présence de l'élément d'extranéité, voy. particulièrement la Convention pour la répression du financement du terrorisme (1999). Pour une analyse du caractère international du terrorisme, voy. G. GUILLAUME, *Terrorisme international*, Encyclopédie Dalloz, Droit international, III, 1998, p. 6 ; G. GILBERT, The « Law » and « Transnational Terrorism », *N.Y.I.L.*, 1995, pp. 3-32. En outre, voy. les résolutions des N.U. adressées à la Libye dans l'affaire *Lockerbie*, Rés. 731/1992, Rés. 748/1992 et Rés. 883/1993 ; sur la description des faits, voy. F. Beveridge, « The Lockerbie Affaire », 41 *I.C.L.Q.*, 1992, 907-20.

1818 Voy. la Décision préjudicielle mentionnée, *ibid.*, § 90.

1819 Voy. la doctrine Saul qui critique âprement « *l'invention du crime international de terrorisme transnational* » par le T.S.L., citée dans la Décision préjudicielle at par. 83, B. Saul, *Defining Terrorism in International Law*, Oxford University Press, 2008, p. 270 ; voy. également, Y. Dinstein, « *Terrorism as an International Crime* », 19 *Israel Y. B. on Human Rights* (1989), p. 55.

1820 Voy. l'extermination accomplie en Norvège par Anders Breivik, le 22 juillet 2011, pour des prétendues raisons politiques et discriminatoires, mais qui n'est que l'action isolée d'un fanatique. Toutefois, le Tribunal ne l'a pas considéré fou, en le condamnant à 27 ans de prison. Même si les législations nationales définissent le terrorisme de

d'appel, les divergences dans la définition de terrorisme n'ont pas empêché la formation d'une règle coutumière, dans la mesure où il suffit d'obtenir la présence de certains éléments communs minimaux.

B. La primauté du droit pénal libanais

En vertu du respect du principe de légalité, le T.S.L. applique la notion de terrorisme déjà prévue par le droit libanais, mais à la condition que son interprétation ne se pose pas en opposition avec les standards internationaux et les traités internationaux signés par le Liban. Dans sa décision, la Chambre d'appel a donc fixé les critères pour interpréter et appliquer le droit matériel libanais (1). Afin de décider, la Chambre a écouté toutes les parties intéressées à la procédure, même la défense, malgré l'absence des accusés (2).

1. La conformité de la loi pénale libanaise aux standards internationaux

Dans la décision préjudicielle, la Chambre d'appel a établi que la notion de terrorisme que le T.S.L. applique ne découle ni des normes coutumières ni des normes conventionnelles, puisqu'elle est celle indiquée par le droit pénal libanais, comme interprétée et appliquée par les Cours et les Tribunaux libanais¹⁸²¹. Dans son examen, la Chambre a d'abord analysé les éléments constituant le crime de terrorisme selon la loi nationale et a ensuite focalisé son attention sur l'interprétation de la norme, au-delà du simple renvoi à la disposition de la législation libanaise¹⁸²². Selon l'opinion du Procureur, l'interprétation de la notion est destinée à devenir une sorte de « *working tool* », à savoir un outil de travail susceptible de contribuer, par son application de la part du T.S.L., à l'évolution

manière différente et même si une pratique n'est pas rigoureusement uniforme, cela ne peut pas empêcher la formation d'une règle coutumière, car il suffit qu'en général, la pratique soit uniforme. Voy. les critères indiqués par la C.I.J. dans l'affaire *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, International Court of Justice, 27 June 1986, ICJ Reports (1986) 14, at 98, § 186 ; voy. également l'opinion du Juge Shahabuddeen dans l'affaire *Furundžija*, IT-95-17/1-A, Appeals Chamber, 21 July 2000, § 257.

1821 Le Liban a ratifié la Convention arabe pour la lutte contre le terrorisme du 22 avril 1998, qui est entrée en vigueur le 7 mai 1999. Disponible sur le site suivant : https://www.unodc.org/tldb/pdf/conv_arab_terrorism.en.pdf. Toutefois, la Chambre a établi que le Tribunal pourra se détacher de l'orientation des juridictions libanaises si elle se révèle manifestement injuste, pas raisonnable ni en syntonie avec le droit international et les normes des traités internationaux signé par le Liban, qu'il s'est donc obligé à respecter. La Décision de la Chambre d'appel cite le Préambule de la Constitution du Liban : « *Le Liban est arabe dans son identité et son appartenance. Il est membre fondateur et actif de la Ligue des Etats Arabes et engagé par ses pactes ; de même qu'il est membre fondateur et actif de l'Organisation des Nations Unies, engagé par ses pactes et par la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. L'Etat concrétise ces principes dans tous les champs et domaines sans exception* ».

1822 Selon la définition du crime de terrorisme offerte par l'art. 314 du Code Pénal libanais : « *Sont compris dans l'expression actes de terrorisme tous faits dont le but est de créer un état d'alarme, qui auront été commis par des moyens susceptibles de produire un danger commun, tels qu'engins explosifs, matières inflammables, produits toxiques ou corrosifs, agents infectieux ou microbiens* ». Dans la version anglaise : « *acts of terrorism are acts which are intended to cause a state of alarm and are committed by means such as explosive devices, liable to pose a public threat* ».

du droit pénal international en la matière¹⁸²³. La Chambre d'appel a ensuite analysé la norme libanaise à la lumière du droit international. La conclusion de la Chambre a donc été la suivante : le droit international, coutumier ou conventionnel découlant des traités ratifiés par le Liban, peut uniquement fournir des indications interprétatives au Tribunal, qui devra néanmoins se limiter à appliquer la notion de crime de terrorisme telle qu'elle est définie par l'article 314 du Code pénal libanais¹⁸²⁴. Ladite conclusion souligne en premier lieu le respect du principe général de légalité et de la non rétroactivité de la loi pénale¹⁸²⁵.

L'art. 314, mais surtout son interprétation selon la jurisprudence libanaise, présente une liste plutôt limitée des moyens utilisés pour perpétrer l'acte terroriste, alors que le droit international ne présente pas de limite, en effet « [...] *en droit libanais et non en droit international, les moyens utilisés pour commettre l'acte de terrorisme doivent être de nature à exposer le public à un danger [...]* »¹⁸²⁶. A cet égard, la Chambre d'appel a considéré que l'interprétation la plus correcte de l'art. 314 doit être conforme au droit international et ne doit donc pas présenter les limites dérivant d'une orientation jurisprudentielle qui ne se base pas sur la règle *stare decisis*, puisque le système libanais de droit civil ne se fonde pas sur les précédents jurisprudentiels¹⁸²⁷. Ainsi la Chambre d'appel a conclu que, à la lumière du droit international, le Tribunal devra interpréter l'article 314 du Code pénal libanais en tenant compte de trois éléments :

- 1) la commission volontaire de l'acte (élément requis par la règle coutumière);
- 2) l'intention de l'auteur de créer un état de terreur (élément requis par la règle coutumière);

1823 Celui-ci a proposé une définition qui ne soit pas nécessairement liée aux motivations et aux finalités politiques de l'acte de terrorisme, dont la preuve peut être négligée, le crime étant un acte à travers lequel « *a substantial section reasonably and significantly fears more than momentarily from the present onward, incriminate personal harm* ».

1824 Voy, §§ 62, 124, 145 et 147 de la Décision de la Chambre d'appel citée.

1825 Tel qu'énoncé aussi dans la Constitution et dans l'article 1 du Code pénal libanais. Toutefois, des différences importantes émergent en matière de preuve, comme le fait que le droit international requiert la preuve de l'élément subjectif spécifique de « créer un état d'alarme », ce qui n'est pas demandé par le droit libanais. Plus précisément, la règle coutumière demande la présence du dol pour l'acte criminel, à savoir la volonté de l'acte criminel¹⁸²⁵, mais exige la preuve de l'élément subjectif spécifique, le *dolus specialis*, de « créer un état d'alarme » ou de « contraindre les autorités ». Par exemple, pour l'assassinat, il faut démontrer la volonté de causer la mort de la victime. De plus, ce qui est demandé par le droit international est la présence de l'élément transnational.

1826 Chambre d'appel, Décision préjudicielle citée, lettre C), § 145.

1827 D'ailleurs, la loi est un phénomène dynamique, et son interprétation change avec l'évolution sociale, économique et culturelle d'une société. Il faut encore souligner que la loi libanaise sur le terrorisme remonte aux années 1940 et le Liban a ratifié des traités qui ne présentent pas de limites dans les moyens utilisés pour commettre des actes de terrorisme. Par conséquent, une interprétation moins restrictive de l'expression « *tels que* » présente dans l'art. 314 permet d'interpréter la liste des moyens indiqués comme non exhaustive, étant toujours possible d'ajouter d'autres moyens qui ne sont pas indiqués dans la lettre de la norme, d'autant plus que l'interprétation restrictive des moyens utilisés provient uniquement de la jurisprudence libanaise et pour cela, elle n'est pas contraignante. Il faut que l'appréciation sur les moyens soit effectuée au cas par cas, en ayant présent le contexte et les circonstances du cas concret ; voy. M. VENTURA, *op. cit.*, pp. 17-22.

3) l'utilisation de moyens susceptibles de créer un danger commun (élément requis par la Loi libanaise)¹⁸²⁸.

2. Les observations de la défense en l'absence de l'accusé

La Décision de la Chambre d'appel du 16 février 2011 démontre également l'importance donnée par le Tribunal à la défense et à la protection des droits de l'accusé. Après avoir vérifié, à titre préliminaire, sa propre compétence à se prononcer sur les questions préjudicielles¹⁸²⁹, la Chambre d'appel a par la suite vérifié qu'aussi bien l'accusation que la défense avaient été entendues à ce sujet. Malgré la vérification, la C.A. a reconnu que « l'accusé/les accusés potentiel(s) » n'avait pas été entendus¹⁸³⁰. En revanche, le Bureau de la Défense du T.S.L., un organe interne au Tribunal, a été entendu et a soulevé une série d'observations – dans certains cas partagées par le Procureur lui-même –, parmi lesquelles : le fait qu'il n'existe actuellement aucune définition établie du crime de terrorisme en droit international coutumier¹⁸³¹ et qu'une définition cristallisée dans une phase qui précède le procès est irrespectueuse des droits de l'accusé du fait qu'elle serait prématurément imposée par les juges ; qu'une interprétation stricte du droit pénal applicable aurait dû tenir compte de la souveraineté étatique et du principe *in dubio mitius*¹⁸³² ; que, dans l'application du droit matériel, le droit international ne devait pas prendre en considération, « *le droit libanais étant suffisamment clair* » et plus apte à protéger efficacement les droits du justiciable potentiel¹⁸³³ ; enfin, que le Tribunal ne devait pas adopter le critère du cumul des qualifications, qui provoquerait un « allongement » démesuré de l'acte d'accusation¹⁸³⁴.

Au-delà du bien-fondé des observations de la défense, la décision de la Chambre d'appel sur le droit matériel applicable a mis en valeur l'action et le rôle du Bureau de la Défense dans la protection des droits de l'accusé devant le T.S.L.¹⁸³⁵. Il en émerge que le point de vue de la défense,

1828 « *Cependant, une exégèse plus judicieuse du droit libanais amène à la conclusion qu'on ne saurait écarter de l'interprétation de l'article 314, et d'autres dispositions pertinentes du Code pénal libanais, les instruments de droit international qui s'imposent au Liban. L'article 314 du Code pénal libanais sera interprété en tenant compte du droit international...* », C.A. Décision, cit., § 147.

1829 Voy. la doctrine contraire à la compétence de la Chambre d'appel dans ce domaine, M. GILLET/M. SCHUSTER, *op. cit.* ; en ce qui concerne le problème lié à la compétence, voy.

1830 C.A. Décision, cit., § 3.

1831 *Ibid.*, § 83.

1832 *Ibid.*, § 18.

1833 *Ibid.*, lettre B) § 61.

1834 *Ibid.* § 268.

1835 A savoir : le droit à disposer d'un délai et de facilités matérielles suffisants pour préparer sa défense ; le droit d'être notifié suffisamment à l'avance des chefs d'accusation pesant contre lui ; le droit à l'égalité des armes ; le droit de faire entendre sa cause dans un délai raisonnable ; enfin, le droit à un procès équitable ; voy. les Observations du Bureau de la Défense, par. 176, *cité* dans la Décision de la Chambre d'appel, § 269.

dans une phase de la procédure caractérisée par l'absence totale d'un accusé ou d'un suspect officiel, a permis une représentation légale effective, qui donne la mesure du degré d'évolution du T.S.L. à propos du respect des droits de l'accusé par rapport à la C.P.I., qui ne dispose pas d'un organe pareil. En effet, la présence d'un organe de la Défense au sein du Tribunal, mais en même temps indépendant par rapport à celui-ci, a permis une revendication de tous les droits qu'un accusé présent aurait fait valoir¹⁸³⁶.

Section II. La spécificité du droit procédural du T.S.L.

La proximité du T.S.L. au système juridique du Liban est liée plus au droit matériel qu'à la procédure. Toutefois, l'admissibilité du procès *in absentia*, qui est exclu par la C.P.I., et la possibilité des victimes de participer au procès rapprochent également le droit procédural du modèle inquisitoire (§ 1). Mais, d'autres éléments caractérisent le T.S.L. par rapport à la C.P.I., à savoir l'introduction de deux organes méconnus par la C.P.I. et inédites dans le panorama de la justice pénale internationale : le Juge de la mise en état et le Bureau de la Défense (§ 2).

§ 1. Des échos inquisitoires contre la procédure accusatoire de la Cour

Le Statut du T.S.L. présente des aspects procéduraux qui, d'une part, se détachent de la procédure de la Cour (A) et, d'autre part, s'en rapprochent (B).

A. Le procès *in absentia* : le symptôme d'une régression ?

Le procès *in absentia* est interdit par le Statut de Rome, en tant que résidu inquisitoire mal toléré par les systèmes modernes (1). Par contre il est admis devant le T.S.L., mais à la condition d'observer une série de garanties pour l'accusé (2).

1. L'exception à un principe consolidé

S'il est vrai que le droit substantiel mixte du T.S.L. exprime le caractère international de cette instance, en vertu de la double référence aux sources nationales et internationales, il est également vrai que la procédure du T.S.L. présente des aspects typiques de la tradition de droit civil du

¹⁸³⁶ Il faut souligner, toutefois, que l'art. 140 du R.P.P. donne à l'accusé le droit de demander le réexamen d'une décision préjudicielle.

système juridique libanais¹⁸³⁷. Comme nous l'avons vu dans l'analyse des articles 63 et 67(1)(d) du Statut de Rome, la C.P.I., les T.P.I. et les autres juridictions internationalisées précédentes au T.S.L. interdisent le procès par contumace, la présence de l'accusé étant une *condicio sine qua non* pour la célébration régulière du procès. Or, l'exception à une règle consolidée sur le plan international soulève des critiques et des perplexités dans la mesure où la procédure par défaut admise devant le T.S.L. ferait drastiquement reculer la procédure internationale vers le modèle inquisitoire. Mais, l'admissibilité du procès *in absentia* devant le T.S.L. trouve deux justifications : d'une part, la procédure par défaut maintient le T.S.L. le plus que possible proche du système libanais de droit civil, où cette procédure est admise; d'autre part, le procès *in absentia* permet de poursuivre le but de la justice pénale internationale, à savoir combattre l'impunité face à des crimes affreux, même au cas de fuite des responsables.

L'attentat terroriste contre Hariri a été perpétré en 2005. En l'absence de l'accusé, l'acte d'accusation a été rendu public en 2011, mais ce délai ne donne pas un bon exemple de célérité de la machine judiciaire, autant qu'elle aurait été ralentie davantage lorsque le début du procès avait été subordonné au moment de la remise volontaire des accusés ou à leur capture¹⁸³⁸. Il est évident comment tout cela aurait prolongé la période d'inactivité du Tribunal et produit un allongement démesuré et intolérable de la procédure. D'ailleurs, les T.P.I. ont parfois dû attendre la capture de certains accusés pour commencer le procès. Or, le décalage temporel entre la commission du crime et le déroulement du procès ne peut que provoquer le risque de dispersion des preuves, qui est destiné à agrandir s'il faut attendre la capture des accusés. En outre, il ne faut pas oublier la particularité des contextes géographiques, sociaux et politiques où les crimes internationaux s'accomplissent et l'hostilité et la méfiance qui s'accompagne parfois à certains épisodes historiques dramatiques, à propos desquels il est difficile d'obtenir une collaboration aux enquêtes.

La Cour européenne des droits de l'homme a précisé que l'impossibilité de célébrer un procès à cause de l'absence de l'accusé peut conduire à la dispersion des moyens de preuve, même ceux à décharge, ou à la prescription de certaines actions procédurales importantes, qui doivent être accomplies sans dérogations dans un certain délai¹⁸³⁹. En effet, les actions procédurales, surtout

1837 Sur ce point, voy. M. DELMAS-MARTY, « L'influence du droit comparé sur l'activité des Tribunaux pénaux internationaux », in A. CASSESE/M. DELMAS-MARTY (éd.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, PUF, Paris, 2002, p. 116.

1838 Il faut rappeler que le T.S.L. n'a été créé que pour poursuivre un seul épisode délictueux, qui certainement peut se traduire dans plusieurs affaires, à la condition de la présence d'un lien de connexité avec l'assassinat contre Hariri.

1839 C.E.D.H., *Colozza v. Italie*, arrêt 12 février 1985, § 29, cit. ; à cet égard voy. A. CASSESE, « L'influence de la C.E.D.H. sur l'activité des Tribunaux Pénaux Internationaux », in A. CASSESE/M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, op. cit., p. 143 et s.

celles concernant le rassemblement et la présentation des preuves, intéressent aussi bien l'accusation que la défense, mais le Procureur, en tant qu'organe officiel de l'instance internationale, dispose de pouvoirs et de moyens qui lui permettent de neutraliser tout risque lié à l'acquisition régulière de la preuve dans un certain délai. En revanche, la dispersion de moyens de preuve importants ou la prescription de certaines actions réservées à la défense est préjudiciable pour une correcte administration de la justice et pour le plein respect des droits de l'accusé. Dans cette perspective, le procès par contumace serait admis surtout dans l'intérêt de l'accusé, mais, d'autre part, le préjudice que la procédure par défaut provoque au droit au contradictoire impose la nécessité de conjuguer deux intérêts divergents autant que fondamentaux. Enfin, une autre exigence s'impose sur tout : une machine judiciaire qui n'intervient pas au bon moment risque de faire perdre confiance envers cette justice à caractère universel, en raison de l'impunité que la longueur des enquêtes provoque. Lesdites considérations militeraient donc en faveur du procès par contumace au sein de la justice pénale internationale, car sa finalité est celle de lutter efficacement et en temps utiles contre l'impunité.

b. La réglementation de la procédure par défaut du T.S.L.

L'exception à un principe cristallisé dans le milieu de la justice pénale internationale a été possible uniquement grâce à la présence d'une réglementation très minutieuse **(a)** et attentive à la préservation des droits de l'accusé **(b)**.

a. Une procédure conditionnée

La réglementation très minutieuse de la procédure par défaut offerte par le Statut et par le R.P.P. du T.S.L. se conforme à la jurisprudence internationale des droits de l'homme, qui fixe les conditions et les limites pour admettre l'absence de l'accusé à son procès. En effet, la normative du T.S.L. démontre que l'interdiction du procès *in absentia*, tout en restant une règle générale respectée par les juridictions internationales, n'indique pas encore une interdiction absolue¹⁸⁴⁰. Il s'agit d'une nouveauté importante par rapport au Statut de Rome¹⁸⁴¹. Pour pallier les conséquences dérivant de l'absence de contradictoire et ainsi préserver et garantir le procès équitable, la procédure

1840 T.S.L., art. 22 du Statut. Pour la réglementation de la procédure *in absentia*, voy. le Règlement de procédure et de preuve, Chapitre 5, Section 6.

1841 Il faut rappeler les considérations déjà faites à propos de la normative du Statut de Rome en la matière, où l'art. 22 par. 1 affirme génériquement « *l'accusé est présent à son procès* » au lieu de « l'accusé jouit du droit d'être présent à son procès », ou de l'expression plus forte « l'accusé doit être présent à son procès », ce qui aurait affirmé de manière moins sibylline et moins souple le principe de l'interdiction du procès par contumace.

par défaut du T.S.L. est soumise à des conditions très rigoureuses. Premièrement, elle ne peut être appliquée que sur décision de la Chambre de première instance et limitativement à trois cas :

1. renonciation écrite de la part de l'accusé à son droit à être présent ;
2. manque de rémission au Tribunal de celui-ci de la part de l'Etat concerné¹⁸⁴² ;
3. fuite de l'accusé ou impossibilité à le trouver, malgré la mise en œuvre de toutes les mesures raisonnablement possibles pour en assurer la présence devant le Tribunal et pour lui garantir la connaissance des charges à son encontre¹⁸⁴³.

En effet, quand, après des tentatives raisonnables, il s'avère impossible de déterminer où l'accusé se trouve et que, par conséquent, l'acte d'accusation ne peut lui être notifié en personne, le Président du Tribunal, en consultation avec le Juge de la mise en état, peut ordonner de rendre public, partiellement ou intégralement, l'acte d'accusation. Suite à cette publication, l'accusé est informé qu'il doit comparaître devant les juges¹⁸⁴⁴. Les personnes détenant toutes informations sur le lieu où l'accusé se trouve sont invitées à les communiquer au T.S.L. et à cette fin, le Greffier transmet aux autorités nationales une annonce avisant l'opinion publique de l'existence d'un acte d'accusation¹⁸⁴⁵. Seulement après trente jours à partir de cette annonce, le Tribunal pourra engager la procédure en l'absence de l'accusé. Le Juge de la mise en état demandera ainsi au Chef du Bureau de la défense de commettre d'office un conseil à l'accusé¹⁸⁴⁶. En effet, il faut reconnaître que, devant le T.S.L., cette procédure est possible surtout grâce à la présence d'un organe de la défense indépendant comme le Bureau de la Défense.

Puisque l'impossibilité de comparaître devant le Tribunal ou de prendre connaissance du procès contre lui pourrait ne pas être imputable à l'accusé, le Tribunal lui donne la possibilité – s'il prouve que cette impossibilité ne lui est pas imputable - d'être jugé *ex novo*, une fois comparu après la fin du procès *in absentia*, à l'exception du cas où il a désigné un conseil de son choix ou a eu des contacts avec son conseil pendant le procès¹⁸⁴⁷. Une fois retrouvé ou comparu après le procès *in absentia*, l'accusé jouit du droit à être rejugé¹⁸⁴⁸. De plus, devant la Chambre d'appel, l'accusé jouit

1842 T.S.L., art. 106 alinéa B) R.P.P.

1843 *Ibid.*, art. 22 (1) St. et art. 106 (A) R.P.P.

1844 *Ibid.*, art. 76 (E) R.P.P.

1845 *Ibid.*, art. 76bis R.P.P.

1846 *Ibid.*, art. 105bis (B) R.P.P.

1847 *Ibid.*, art. 108 (A) R.P.P.

1848 En outre, il pourra choisir entre plusieurs possibilités : accepter par écrit le jugement et/ou la peine, accepter par écrit le jugement et demander la tenue d'une nouvelle audience concernant la peine ou faire appel de la condamnation ou/et de la peine, une fois qu'il a renoncé par écrit à son droit d'être de nouveau jugé ; T.S.L., art. 109 du R.P.P. et art. 22 (3) du St. "En cas de condamnation par défaut, l'accusé qui n'avait pas désigné un conseil de son choix a droit à ce

du droit d'accepter l'acquiescement prononcé par la Chambre de première instance et de demander la tenue d'une nouvelle audience en appel¹⁸⁴⁹. Il s'agit de droits qui ne s'appliquent pas à un accusé qui a nommé un conseil de la défense et qui était donc représenté par celui-ci pendant le procès par défaut¹⁸⁵⁰. Toutefois, le Règlement limite à une seule fois la possibilité pour l'accusé de se faire rejurer¹⁸⁵¹.

En revanche, la simple absence physique de l'accusé aux audiences ne tombe pas dans la procédure par défaut. Pour des raisons logistiques ou de santé, la Chambre ou le Juge de la mise en état peuvent autoriser l'accusé à participer aux audiences par vidéoconférence, en facilitant sa comparution formelle¹⁸⁵². Dans ces cas il ne s'agit pas de procès *in absentia*, mais d'une procédure ordinaire à laquelle l'accusé peut participer grâce à l'aide des technologies modernes, qui sont souvent utilisées au cours de procès concernant des accusés de plusieurs nationalités, qui ne se trouvent pas forcément en détention préventive dans le quartier pénitentiaire du Tribunal, mais qui sont libres dans d'autres pays. Toutefois, pour empêcher à l'accusé d'abuser de toute dérogation, il est prévu une limite à son absence physique : une fois comparu et une fois désigné ou accepté la désignation d'un conseil, l'accusé est considéré présent même s'il ne se présente plus aux audiences de jugement¹⁸⁵³. L'ensemble des normes établies dans le R.P.P. du T.S.L. permet au procès *in absentia* de garantir le respect des droits de l'accusé, faisant coexister, comme pour le droit matériel applicable, les éléments inquisitoires de la procédure nationale libanaise avec les standards internationaux propres au procès pénal international¹⁸⁵⁴.

b. L'adoption de mesures concrètes et efficaces pour la notification

A l'occasion du premier procès devant le T.S.L., la Chambre de première instance a examiné la présence de toutes les conditions demandées pour ouvrir une procédure par défaut¹⁸⁵⁵. En particulier, afin de rendre sa décision, la Chambre a vérifié en détail quelles mesures les autorités

que sa cause soit rejugée en sa présence devant le Tribunal, à moins qu'il n'accepte le verdict" et art. . 109 (C) (E) du R.P.P.

1849 S.T.L., art. 9 (E)(iv).

1850 S.T.L., art. 109 (F) R.P.P.

1851 *Ibid.*, art. 108 (D) R.P.P.

1852 *Ibid.*, art. 104 R.P.P.

1853 H. ASCENSIO/R. MAISON, 2009, *op. cit.*, p. 346, où des critiques ont été soulevés quant à la cohérence des dispositions du R.P.P. du T.S.L., p. 350.

1854 Il faut rappeler l'ordonnance du Juge de la mise en état, où il reconduit aux juridictions à caractère internationale la présence d'un "dénominateur commun aux systèmes juridiques, autant de droit civil que de *common law* », voy. T.S.L., Juge de la mise en état, ordonnance portant fixation du délai de dépôt de la requête du Procureur en application de l'article 17, paragraphe B) du règlement de procédure et de preuve, n° CH/PTJ/2009/03, 15 avril 2009.

1855 T.S.L., STL-11-01/I/TC, 1 February 2012, Decision to hold trial *in absentia*.

libanaises avaient adoptées pour permettre aux accusés de prendre connaissance des charges et si l'ampleur de la divulgation médiatique concernant la procédure en cours devant le T.S.L. pouvait être considérée satisfaisante pour faire connaître tous les modes de participation au procès. Les juges ont vérifié si les mesures adoptées remplissaient tous les critères légaux demandés par le Statut et le R.P.P. afin de permettre la procédure par défaut. A cet égard, la Chambre a rejeté la demande du Procureur d'inviter le Gouvernement du Liban à comparaître devant elle dans la décision sur la procédure par défaut¹⁸⁵⁶. Le 11 août 2011, le Président du T.S.L. a communiqué publiquement sur le site web du Tribunal que les autorités libanaises n'étaient pas en mesure d'arrêter les accusés. Il a, en outre, informé publiquement les accusés, leur familles et toute personne ayant la possibilité d'entrer en contact avec eux, du droit à participer à la procédure en personne, par vidéoconférence ou par le truchement d'un conseil¹⁸⁵⁷.

Malgré les efforts des autorités libanaises dans la procédure de notification, le Président a considéré encore insuffisants les moyens employés et par conséquent, a ordonné d'adopter des méthodes alternatives¹⁸⁵⁸. Suite à un long examen des normes permettant à la procédure par défaut de se dérouler dans le plein respect des droits de l'accusé et du procès équitable, la Chambre a établi que toutes les preuves recueillies démontraient que les accusés n'avaient pas quitté le Liban après la confirmation des charges, que toutes les mesures adoptées par les autorités nationales n'avaient pas eu de résultats et que, selon les informations à disposition du Tribunal, personne n'avait plus vu les accusés à leur domicile habituel¹⁸⁵⁹. La conclusion était donc que, malgré toutes les mesures raisonnables prises pour garantir la comparution des accusés et pour les informer des charges¹⁸⁶⁰, l'impossibilité de les trouver démontrait leur fuite et leur volonté de ne pas prendre part au procès. Lesdites conclusions autorisaient donc la Chambre de première instance à engager une procédure

1856 Dans le but d'établir si les quatre accusés avaient pris la fuite, les juges ont d'abord analysé plusieurs documents à partir du rapport que, en vertu de la Règle 76(C), le Procureur de la Cour de Cassation du Liban avait adressé au Président du T.S.L., le 9 août 2011, pour lui illustrer les mesures adoptées aux fins d'exécuter le mandat d'arrêt ordonné par le Juge de la mise en état du T.S.L., le 30 juin 2011. Voy. STL-11-01/I, Warrant to Arrest Mr *Salim Jamil Ayyash* Including Transfer and Detention Order, 28 June 2011; Warrant to Arrest Mr *Mustafa Amine Badreddine* Including Transfer and Detention Order, 28 June 2011; Warrant to Arrest Mr *Hussein Hassan Oneissi* Including Transfer and Detention Order, 28 June 2011; Warrant to Arrest Mr *Assad Hassan Sabra* Including Transfer and Detention Order, 28 June 2011.

1857 T.S.L., règle 105.

1858 T.S.L., STL-11-01/I/TC, 1 February 2012, Decision to hold trial *in absentia*, cit., § 9.

1859 Les mesures adoptées pendant les mois de juillet à septembre 2011 avaient impliquées la diffusion dans des lieux publics d'affiches, la divulgation par les media locaux, autant sur la presse nationale et internationale (dont cinq journaux libanais en langue arabe, française et anglaise) qu'à la télévision, de l'identité des imputés dans l'affaire *Hariri*, avec leur portrait photographique, leur données personnelles et les charges contre eux, l'activation d'une « hotline » 24h/24h ; voy. STL-11-01/I/TC, 1 February 2012, Decision to hold trial *in absentia*, §§ 10-105.

1860 Il faut souligner que le Procureur s'était prononcé contre l'ouverture du procès *in absentia*, le jugeant encore prématuré, vu le peu de temps à disposition des autorités libanaises pour accomplir la procédure de notification et que pour le Bureau de la Défense les mandats d'arrêts avaient été émis « *ex abrupto* », ce qui pouvait avoir conditionné la volonté des accusés de se présenter ou non ; voy. STL-11-01/I/TC, 1 February 2012, Decision to hold trial *in absentia*, §§ 17-18.

par défaut, conformément à la règle 106 (A) (iii)¹⁸⁶¹. Le jour après cette décision, des conseils ont été désignés d'office pour représenter les intérêts des accusés au cours de la procédure par défaut¹⁸⁶². La même décision a été rendue à l'égard du cinquième accusé, dont le procès a été joint au procès principal en considération de leur complémentarité¹⁸⁶³.

B. La participation des victimes à la procédure

Malgré les divergences, il est possible d'envisager des similarités avec la procédure de la C.P.I. ; la participation des victimes à la procédure souligne cette analogie (1), mais un degré différent de protection émerge en ce qui concerne leur droits (2).

1. La double protection de la victime, internationale et nationale

Conformément au système libanais, la participation des victimes au procès est permise devant le T.S.L.. Il s'agit d'un aspect qui est commun au procès devant la C.P.I., mais avec des différences. Déjà devant les C.E.T.C., on a reconnu à la victime a été reconnue la possibilité de se constituer partie civile, mais selon des modalités qui limitent fortement sa participation au procès et qui pour cela ont été très contestées. Les victimes ont donc le droit d'exposer au T.S.L., qui les examinera, leurs vues et préoccupations chaque fois que leurs intérêts personnels sont concernés¹⁸⁶⁴. La seule limite aux droits des victimes est représentée par les droits de la défense, puisque les modalités de participation des victimes ne doivent jamais se révéler contraires aux droits de l'accusé et aux exigences d'un procès équitable et impartial¹⁸⁶⁵. Les victimes peuvent agir par le truchement de représentants légaux des victimes, inscrits dans une liste de conseils « *hautement qualifiés* »,

1861 STL-11-01/I/TC, 1 February 2012, Decision to hold trial *in absentia*, § 111.

1862 STL-11-01/I/PTJ, 2 février 2012, Commission d'office de conseils aux fins de la procédure par défaut tenue en application de l'article 106 du Règlement. Il est, toutefois, intéressant de noter que la décision de la Chambre de première instance remarque des différences de taille entre les versions anglaise, française et arabe de la règle 106. En effet, selon la version anglaise, plus impérative, le juge « *shall conduct proceedings in absentia* » alors que la version française reste moins incisive, dans la mesure où le juge « *peut décider d'engager une procédure par défaut* ». A cet égard, la Chambre a observé que les versions anglaise et arabe se ressemblant plus, sont plus conformes à l'article 22 du Statut par rapport à la version française et que, par conséquent, celles-ci seront considérées par la Chambre de première instance au cours de l'interprétation et de l'application de la règle 106. D'ailleurs, cette décision se montre plus conforme à l'article 33 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités qui, en réglementant l'interprétation des textes rédigés dans des langues différentes, indique que l'interprétation doit s'appuyer sur le texte, tout en faisant référence à son objet et à son but ; voy. l'art. 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, « *1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but* ».

¹⁸⁶³ S.T.L., *The Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, hassan Habib Merhi, Hussein Hassan Oneissi, Assad Hassan Sabra*, Decision on trial management and reasons for decision on joinder, 25 February 2014.

¹⁸⁶⁴ T.S.L., art. 17 St.

¹⁸⁶⁵ *Ibid.*, art. 17 St. et 86(B)(iv) R.P.P.

soumis à la même procédure de sélection adoptée pour l'admission des conseils de la défense¹⁸⁶⁶, au Code de déontologie pour les conseils, ainsi qu'aux dispositions des codes de pratique et de déontologie des systèmes nationaux de provenance¹⁸⁶⁷ et sujets aux sanctions en cas de faute professionnelle établies pour le Procureur et pour les conseils de la défense¹⁸⁶⁸.

Le T.S.L. admet la victime au procès, mais en qualité de victime participant à la procédure et non en tant que partie civile, ce qui limite toute revendication de caractère civil. En effet, à la différence de la procédure devant la C.P.I., selon laquelle les victimes ont droit à la réparation, devant le T.S.L., la victime n'a pas de droit à la réparation. C'est seulement suite à un jugement de condamnation, qu'elle pourra saisir le juge libanais pour obtenir la réparation en tant que victime reconnue devant le T.S.L.¹⁸⁶⁹. Autrement dit, la victime d'un préjudice dérivant d'un crime commis par un accusé reconnu coupable par le T.S.L. peut, en se fondant sur la décision, intenter l'action civile devant l'instance nationale, conformément à la législation nationale, ou devant une autre institution compétente pour obtenir réparation du préjudice subi, « *que cette victime ait été ou non identifiée comme telle par le Tribunal [...]* »¹⁸⁷⁰; aux fins de l'action civile, le jugement du T.S.L., qui est transmis par le Greffier à l'autorité compétente, est définitif et déterminant quant à la responsabilité pénale de l'accusé qui, par son infraction, a causé un préjudice à la victime¹⁸⁷¹.

Pour permettre et faciliter la participation des victimes à la procédure, le Tribunal dispose d'un bureau entièrement consacré aux victimes, avec la tâche de suivre l'*iter* pour la participation au procès. Créé par le Greffe, la Section exerce plusieurs fonctions : informer les victimes de leurs droits, élaborer des stratégies, recevoir les demandes de participation à la procédure et fournir toute assistance nécessaire à rendre possible la participation à la procédure¹⁸⁷². La Section est également chargée, en cas d'indigence de la victime souhaitant participer à la procédure, de la commission d'office d'un représentant légal librement choisi par la victime ou d'un représentant légal commun, qui sera assisté par la Section à travers des conseils juridiques, des recherches et toute autre aide utile pour lui permettre l'accomplissement de son mandat¹⁸⁷³. Mais il existe également un organisme ayant d'autres des tâches, la Section d'appui aux victimes et aux témoins, chargée de l'élaboration des stratégies et de l'adoption des mesures de protection et de sécurité adéquates, en

¹⁸⁶⁶ *Ibid.*, art. 51(C)(i)(ii)(iii)(iv)(v), 58(A), 59 R.P.P.

¹⁸⁶⁷ *Ibid.*, art. 51(D).

¹⁸⁶⁸ *Ibid.*, art. 60 R.P.P.

¹⁸⁶⁹ *Ibid.*, art. 25 St.

¹⁸⁷⁰ *Ibid.*, art. 25(3) St.

¹⁸⁷¹ *Ibid.*, art. 25(2) St.

¹⁸⁷² *Ibid.*, art. 51(A)(B)(i)(ii)(iii)(iv)(v)(vi)(vii) R.P.P.

¹⁸⁷³ *Ibid.*, art. 51(C)(i)(ii)(iii)(iv)(v) R.P.P.

liaison avec les autorités nationales et toute autre institution compétente, comme les organisation non gouvernementales, de l'assistance administrative et logistique, de l'assistance légale pour la comparution devant le Tribunal, de l'assistance médicale, psychologique et de tout autre soutien supplémentaire¹⁸⁷⁴. Les critères guide pour la protection des intérêts des victimes et des témoins sont l'impartialité et la confidentialité¹⁸⁷⁵.

Les droits des victimes devant les T.S.L. sont très larges, celles-ci pouvant prendre connaissance et consulter tout document présenté par les autres parties, sauf les documents confidentiels ou *ex parte*, et dans la mesure où chaque document a été communiqué par l'une des parties à l'autre¹⁸⁷⁶. La victime participe donc et bénéficie de la *disclosure* établie avant l'ouverture du procès. La victime peut en outre demander de produire des éléments de preuve et de citer des témoins, contre-interroger les témoins des autres parties et déposer toute requête, mémoire, observations écrites et être entendue¹⁸⁷⁷. Toutefois, l'octroi de la qualité de victime participant à la procédure est soumise à un examen très attentif de la part du Juge de la mise en état, qui doit vérifier si le demandeur a fourni les moyens de preuve permettant d'établir « de prime abord » s'il est une victime et surtout, si sa participation est susceptible de porter atteinte aux droit de la défense¹⁸⁷⁸. En effet, la participation des victimes peut être limitée par le Juge de la mise en état en raison de la possibilité qu'elle compromette les droits de l'accusé, mais également des intérêts plus généraux, tels que l'intégrité, la dignité, la bonne tenue et l'objectivité de la procédure, ou lorsque cette participation peut entraîner des retards ou l'inefficacité de la procédure ou tout ce qui peut avoir des incidences négatives sur la sécurité du procès ou des participants et si elle ne sert pas l'intérêt de la justice¹⁸⁷⁹.

2. La conformité à une tendance évolutive

A la différence de la Cour, la normative en la matière souligne une pratique méconnue devant les T.P.I., qui contamine la procédure du T.S.L. par des éléments de caractère civil typiques de la procédure libanaise. En outre, il faut souligner la cristallisation d'une pratique commune aux C.E.T.C., à la C.P.I. et au T.S.L., malgré l'absence d'une homogénéité procédurale. On peut donc noter une caractérisation progressive de matrice inquisitoire de la procédure pénale internationale,

¹⁸⁷⁴ *Ibid.*, art. 50(B)(i)(ii)(iii)(iv) R.P.P.

¹⁸⁷⁵ *Ibid.*, art. 50(C) R.P.P.

¹⁸⁷⁶ *Ibid.*, art. 87(A) R.P.P.

¹⁸⁷⁷ *Ibid.*, art. 87(B)(C) R.P.P.

¹⁸⁷⁸ *Ibid.*, art. 86(B)(i)(ii)(iii)(iv) R.P.P.

¹⁸⁷⁹ *Ibid.*, art. 86(B)(i)(ii)(iii)(iv)(v)(vi) R.P.P.

due à la nécessité de suivre l'évolution de ce type de procès, lequel, d'une part, considère comme fondamentale l'introduction de la victime en tant que protagoniste actif et, d'autre part, réduit la distance entre la justice à caractère international et les systèmes juridiques nationaux¹⁸⁸⁰. On peut reconnaître le même rapprochement dans le rapport de complémentarité existant entre la Cour et les systèmes nationaux. Dans cette perspective, le T.S.L. se conforme à l'évolution de la procédure pénale internationale dans les aspects inquisitoires de celle-ci.

Paradoxalement, la présence d'éléments procéduraux de nature inquisitoire est démontrée par un respect très attentif des droits de la défense, malgré le fait que le modèle accusatoire est généralement celui qui attribue à l'accusé un rôle plus dynamique, étant donné la structure de procès empruntée vers l'égalité entre accusation et défense¹⁸⁸¹. En ce qui concerne le T.S.L., le choix d'une procédure très proche du système juridique libanais, même pour ce qui en est de la participation des victimes au procès, trouve son fondement dans la nécessité de réaliser la proximité avec le Liban afin d'éviter tout éloignement du Tribunal de la culture et de la dimension juridique libanaise et donner l'impression d'une justice d'exception, complètement étrangère au Liban¹⁸⁸².

§ 2. L'introduction de deux organes inédites

La spécificité du T.S.L. se mesure également par l'introduction de deux organes inédits : le Juge de la mise en état (**A**) et le Bureau de la Défense (**B**).

A. Le juge de la mise en état, entre le juge instructeur libanais et la Chambre préliminaire de la C.P.I.

La matrice inquisitoire de la procédure du T.S.L. a introduit un organe, le Juge de la mise en état, qui évoque le juge instructeur de la tradition de droit civil libanais, mais avec des correctifs de caractère accusatoire qui le rapprochent plutôt à la Chambre préliminaire de la C.P.I. (**1**). Parmi lesdits correctifs, il faut mentionner le pouvoir du Juge de la mise en état d'enrichir et compléter les preuves destinées au dossier, sans exclusion des preuves écrites, typiques du modèle inquisitoire (**2**).

¹⁸⁸⁰ P. DEVIKA, "Human rights, terrorism and international law", in *Justice and Reconciliation, an integrated approach*, *op. cit.*, p. 161-164.

¹⁸⁸¹ R. MAISON, "Le principe du contradictoire devant les juridictions pénales internationales", in H. RUIZ FABRI/J.-M. SOREL (dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions internationales*, Pedone, Paris, 2004, pp. 97-110.

¹⁸⁸² Voy. le Rapport du Secrétaire Général (S/2006/893), § 9.

1. Les prérogatives de la Chambre préliminaires de la C.P.I.

La Chambre préliminaire de la C.P.I. est un organe qui a des fonctions qui évoquent celles du juge instructeur, mais avec des pouvoirs plus étendus¹⁸⁸³. Elle exerce une fonction de filtrage des éléments de preuve destinés au procès, mais les juges qui la composent ne décident pas du fond de l'affaire et ne siègent pas au procès. Le filtrage se réalise dans la préparation du dossier, une phase très délicate de la procédure, où il faut préserver les droits de la personne qui fait l'objet d'une enquête ou d'une poursuite, laquelle jouit de garanties qui ne sont pas limitées à celles énoncées dans l'art. 55 du Statut. La perquisition, la citation à comparaître ou le mandat d'arrêt, la décision sur le maintien en détention ou sur la libération du suspect, le rassemblement et la protection des éléments de preuve, l'audition de témoins, la décision sur la divulgation d'informations confidentielles et sur l'autorisation à la participation des victimes sont des moments où la position de la personne poursuivie se fragilise particulièrement. Dans cette perspective, on peut compter quatre moments où le rôle de la Chambre préliminaire devient crucial : le moment de l'autorisation à l'ouverture de l'enquête ; le moment où l'occasion d'obtenir des renseignements ne se présentera plus ; le moment de la délivrance d'un mandat d'arrêt et de la citation à comparaître ; le moment de la confirmation des charges¹⁸⁸⁴.

Le Procureur ne peut ouvrir l'enquête sans obtenir l'autorisation de la Chambre préliminaire¹⁸⁸⁵, qui peut autoriser à enquêter sur le territoire d'un Etat¹⁸⁸⁶ et peut accueillir la totalité ou une partie de la demande, sans que son autorisation porte préjudice à des décisions qu'ensuite la Cour prendra en matière de compétence et de recevabilité¹⁸⁸⁷. A la majorité des juges, la Chambre préliminaire décide de la procédure à suivre dans l'ouverture de l'enquête¹⁸⁸⁸. A l'exception de certaines décisions comme celles concernant la confirmation des charges, la recevabilité ou la compétence, les fonctions de la Chambre préliminaire peuvent être exercées par un juge unique¹⁸⁸⁹. Dans le respect des droits de la défense, il y a plusieurs mesures que la Chambre préliminaire peut et doit adopter afin d'assurer l'efficacité et l'intégrité de la procédure, même dans les cas où les activités d'investigation ne sont pas accomplies par le Procureur, mais par les autorités nationales en vertu d'une demande de coopération adressée par la Cour au titre du Chapitre IX. Les mesures qui, selon les cas, se rendent nécessaires pour préserver certains éléments

¹⁸⁸³ C.P.I., art. 39(2)(b)(iii).

¹⁸⁸⁴ *Ibid.*, art. 61.

¹⁸⁸⁵ *Ibid.*, art. 15(3), (4) et règle 50(2).

¹⁸⁸⁶ *Ibid.*, art. 54(2).

¹⁸⁸⁷ *Ibid.*, art. 15(4) et règle 50(5).

¹⁸⁸⁸ *Ibid.*, art. 50(4).

¹⁸⁸⁹ *Ibid.*, art. 57(1)(a)(b).

de preuve, sont disposées par la Chambre préliminaire sur demande du Procureur ou de sa propre initiative, après consultation avec le Procureur, si elle estime que les éléments de preuve à préserver peuvent se révéler essentiels pour la défense au cours du procès. Dans cette optique, le Procureur doit démontrer à la Chambre d'avoir de bonnes raisons pour ne pas retenir nécessaires ces mesures¹⁸⁹⁰. Le Procureur peut interjeter appel contre la décision d'application de mesures que la Chambre peut prendre de sa propre initiative, contre son avis. Pour des raisons d'économie, la décision d'appel fera suite à une procédure accélérée¹⁸⁹¹.

Il faut souligner que la Chambre préliminaire peut, par des ordonnances ou recommandations, indiquer la façon la plus appropriée pour rassembler et préserver des éléments de preuve, parmi lesquels les auditions de témoins, en indiquant la « marche à suivre » pour le déroulement le plus correct de procédures exceptionnelles, conformément à l'art. 56. Elle peut retenir nécessaire qu'un procès-verbal soit rédigé ou qu'un expert soit nommé, lorsqu'elle considère qu'il faut disposer de compétences spécifiques pour permettre l'acquisition de la preuve en toute sécurité. En tout cas, pour préserver les droits de l'accusé, l'acquisition des éléments de preuve selon cette procédure suivra toujours les formalités prévues par le recueil de la preuve au cours du procès¹⁸⁹². C'est dans le même esprit que la Chambre demande la présence du conseil du suspect, si ce dernier a déjà fait l'objet d'une arrestation ou d'une comparution sur citation de la Cour. Dans le cas contraire ou si la personne suspectée n'a pas nommé de conseil, un avocat sera commis d'office par la Chambre¹⁸⁹³. Comme on l'a déjà mentionné, il ne s'agit pas d'une absurdité juridique dans la mesure où le respect des droits de la défense n'est pas nécessairement lié à la présence de la personne suspectée. La *ratio* à la base de la normative qui prévoit la présence d'un conseil même en l'absence de suspect doit être interprétée en premier lieu en termes de respect des règles formelles abstraitement établies pour garantir le déroulement le plus correct du procès dès la phase des investigations. Selon cette logique, en fait, cette phase doit être préservée de tout possible arbitraire de la part de celui qui la dirige, à savoir le Procureur. L'orientation adoptée par le Statut à cet égard ressent l'influence des systèmes de la *civil Law*, alors que les systèmes de la *common Law* lient la figure du conseil et le procès en général, au suspect ou à l'accusé, allant jusqu'à exiger sa présence physique. Pour cette

¹⁸⁹⁰ *Ibid.*, art. 56(3)(a).

¹⁸⁹¹ *Ibid.*, art. 56(3)(b).

¹⁸⁹² *Ibid.*, art. 69 et art. 56(4).

¹⁸⁹³ Le conseil est désigné par la Chambre même lorsque, à cette étape de l'enquête, aucun suspect n'a encore été identifié.

raison ils n'admettent guère le procès par contumace ce qu'en revanche, certains systèmes de la *Civil Law* permettent, comme le système libanais¹⁸⁹⁴.

2. L'ampleur des pouvoirs du Juge de la mise en état

Organe inconnu dans le cadre de la justice pénale internationale, le Juge de la mise en état du T.S.L. mélange les fonctions de la Chambre préliminaire de la C.P.I. (a) avec des pouvoirs spécifiques (b).

a. Des pouvoirs spécifiques et supplémentaires par rapport à la Chambre préliminaire

L'organe qui pourrait évoquer le juge instructeur de la tradition inquisitoire est le Juge de la mise en état du T.S.L.. Comme la Chambre préliminaire de la C.P.I.¹⁸⁹⁵, il ne décide pas du fond de l'affaire et ne siège pas au procès. Cependant, le Juge de la mise en état dispose de grands pouvoirs et remplit des fonctions de grande ampleur par rapport à la Chambre préliminaire, surtout en matière de preuve¹⁸⁹⁶. Il intervient au cours de la phase qui précède l'audience de jugement afin d'organiser efficacement le procès et de préparer le dossier. Parmi ses pouvoirs de gardien des droits de la défense contre tout possible arbitraire accusatoire, il y a celui d'ordonner les perquisitions, de délivrer les citations à comparaître ou les mandats d'arrêts, de décider sur le maintien en détention ou sur la libération du suspect ou de l'accusé, de recueillir

¹⁸⁹⁴ Bien que l'art. 56 ne parle jamais d'un droit dont jouit le suspect, le niveau élevé de protection réservée à la personne au centre de l'enquête est évident, étant donné qu'elle est protégée même si elle n'a pas encore de nom. De la même façon, s'il est vrai que l'attribution du caractère d'unicité de l'occasion reste attachée à l'évaluation subjective du Procureur, la prévision de consultations avec la Chambre préliminaire et la possibilité que l'évaluation de la Chambre sur l'opportunité d'adopter certaines mesures diverge de celle du Procureur, et qu'elle décide différemment de sa propre initiative, souligne encore plus l'étendue de la marge de protection offerte au futur accusé et à toute personne impliquée dans l'enquête et donc susceptible d'acquiescer la qualité d'accusé. De cette façon, la Chambre préliminaire devient elle-même conseil du suspect, voy. C.P.I., art. 56(3)(a).

¹⁸⁹⁵ C.P.I., art. 39 par. 2 lettre b) iii) du St.

¹⁸⁹⁶ Au début de l'activité du T.S.L., le Juge de la mise en état a eu l'opportunité de se prononcer sur des problèmes épineux, en produisant une jurisprudence fondamentale pour l'évolution du D.I.P.. En particulier, le Juge de la mise en état a donné à la Chambre d'appel l'opportunité d'élucider certaines questions, parce que c'était à lui que la violation de certains droits de la défense avait été dénoncée. Dans cette perspective, il faut reconnaître à la jurisprudence pénale internationale le mérite d'avoir contribué à éclaircir la portée du droit d'accès au juge. Si au niveau national, il incombe aux Etats l'obligation positive de faire respecter une valeur de niveau constitutionnel qui n'admet pas de dérogation, c'est une décision prononcée par le T.S.L. à avoir consacré le droit au juge dans le cadre du D.I.P.. En effet, cette jurisprudence ne découle pas de la C.P.I., mais de la jurisprudence du T.S.L., qui a établi que le droit d'accès à la justice est une norme de *ius cogens* confirmée par la pratique des Etats et par les accords internationaux. En l'espèce, le Tribunal a établi que, puisque les juridictions nationales sont tenues de se conformer à une obligation contenue dans une norme de *ius cogens*, les Etats ne peuvent pas y déroger et également les instances internationales doivent respecter cette norme et mettre en œuvre ce droit indérogable. En l'espèce, l'ordonnance souligne l'obligation du Liban de respecter le droit au juge, même en manque de normes internes à cet égard, en vertu de la nature de l'obligation, T.S.L., *Le Procureur v. El-Sayed*, Ordonnance portant renvoi devant le juge de la mise en état, 15 avril 2010.

exceptionnellement des éléments de preuve et d'entendre les témoins, mais également de décider sur la divulgation d'informations confidentielles et d'autoriser la participation des victimes à la procédure¹⁸⁹⁷.

De plus, le Juge de la mise en état a le pouvoir de former une preuve, dans la phase préliminaire et sur demande de l'une ou des deux parties, comme si elle était acquise au cours du prétoire, toutes les fois « *qu'une enquête offre une occasion unique de recueillir un témoignage ou la déposition d'un témoin, ou d'examiner, de ressembler ou de vérifier des éléments de preuve qui ne seraient être plus disponibles ultérieurement, pendant le procès* »¹⁸⁹⁸. Comme on l'a vu, la même procédure, *mutatis mutandis*, est présente dans la procédure de la C.P.I.¹⁸⁹⁹. Pour limiter la valeur probante d'une preuve atypique et étrangère à la procédure accusatoire, il est prévu qu'une condamnation ne peut se fonder seulement sur la déclaration d'un témoin sous couvert d'anonymat¹⁹⁰⁰. Il s'agit d'une protection normative qui garantit davantage l'accusé par rapport à la réglementation de la C.P.I. en l'espèce. Dans cette perspective, une fonction exclusive du Juge de la mise en état est celle d'acter les dépositions rendues exceptionnellement sous anonymat par des témoins dont il est le seul à connaître l'identité, sans que celle-ci soit révélée ni aux parties ni à la Chambre de première instance. Il s'agit d'un pouvoir considérable que le R.P.P. du T.S.L. lui donne en raison de la gravité du crime de terrorisme et de la nécessité qu'il soit traité selon certains critères par l'adoption de mesures adéquates. En effet, le Juge de la mise en état peut personnellement poser aux témoins anonymes toutes les questions qu'il considère pertinentes et toute autre question qui lui seront transmises sous forme écrite par les parties et par les représentants légaux des victimes. De plus, il lui est attribué le pouvoir d'ajouter ses propres appréciations sur la valeur probante du témoignage dans les procès-verbaux qu'il est chargé de transmettre aux parties et aux représentants légaux des victimes¹⁹⁰¹.

b. La fonction de garantie sur la preuve écrite

Le Juge de la mise en état du T.S.L. s'assure que la procédure ne soit pas complètement secrète et écrite, et qu'une certaine sélection des éléments de preuve soit effectuée avant la transmission du dossier au Tribunal. En effet, le procès devant le T.S.L. admet l'utilisation de la

1897 T.S.L., art. 17, 18 du St. et art. 68 alinéa E), F), G), H), I), articles 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 97, 101, 102, 123, 125 alinéa D) du R.P.P..

1898 T.S.L., art. 89(I) R.P.P.

1899 C.P.I., art. 56 St. et règle 114.

1900 *Ibid.*, art. 159(B) R.P.P.

1901 T.S.L., art. 93 et art. 159 R.P.P.

preuve écrite, mais selon certains critères. En principe, tous les documents sont admissibles, à l'exception des déclarations écrites et des comptes-rendus des déclarations des témoins, qui sont admis quand: malgré l'absence du témoin à l'audience, la Chambre de première instance les admet, en totalité ou en partie, au cas où ils permettent de « démontrer un point autre que les actes et les comportements de l'accusé tels qu'énoncés dans l'acte d'accusation »¹⁹⁰²; le témoin présent à l'audience atteste que ses déclarations précédentes sont conformes à ses dires et accepte de se soumettre au contre-interrogatoire, si la partie adverse le demande¹⁹⁰³ ; si les juges sont convaincus que le témoin est indisponible – personne décédée, personne qui ne peut plus être trouvée par des efforts raisonnables, personne qui, pour des raisons valables, n'est pas autrement en mesure de témoigner - et si ses déclarations écrites sont considérées fiables¹⁹⁰⁴.

L'acceptation de la preuve écrite découle des éléments inquisitoires de la procédure de cette instance, qui ne compte pas de jurés - présents dans les systèmes de la *common Law* -, mais de magistrats professionnels capables, en vertu d'une expérience et une compétence supérieures aux jurés, d'appliquer les principes de droit régissant l'évaluation en termes juridiques de la preuve écrite¹⁹⁰⁵. Or, on peut oser considérer le Juge de la mise en état comme une version évoluée du Juge d'instruction libanais, grâce aux influences accusatoires de la procédure du T.S.L.. En effet, dans le modèle accusatoire la recherche des moyens de preuve n'est pas effectuée par un juge d'instruction, absent dans le milieu de la justice pénale internationale¹⁹⁰⁶. Devant la C.P.I., le Procureur remplit des fonctions semblables aux fonctions du juge d'instruction, dans la mesure où il est obligé d'enquêter aussi bien à charge qu'à décharge. Grâce au filtrage représenté par le Juge de la mise en état, les juges du Tribunal ont la possibilité de recevoir un dossier écrit vidé de tout élément probatoire inutile¹⁹⁰⁷. L'autonomie de cet organe juridictionnel exprime la fusion de deux traditions

1902 *Ibid.*, art. 155(A)(1) R.P.P.; avant la révision du R.P.P. du 10 novembre 2010, l'alinéa B) de l'art. 156 (Déclarations écrites et comptes rendus de dépositions en lieu et place de l'interrogatoire principal) admettait les témoignages en forme écrite pour prouver les actes et les comportements de l'accusé tels que décrits dans l'acte d'accusation, ce qui évidemment plaçait le régime concernant l'interrogatoire principal en contraste avec le régime analogue sur le témoignage oral, notamment celui établi par l'art. 155 alinéa A) par. 1. Après la révision mentionnée, l'alinéa B) de l'art. 156 a justement été abrogé.

1903 T.S.L., art. 155(A)(i)(g) R.P.P. et art. 156(A) R.P.P.

1904 *Ibid.*, art. 158(A)(i)(ii) R.P.P.

1905 Art. 144(B), 145, 146(B)(ii), 154, 156, 157 et 158 R.P.P. ; voy. H. ASCENSIO/R. MAISON, « L'activité des juridictions pénales internationales (2008-2009) », *A.F.D.I.* (2009), p. 332 ; A. ORIE, "Adversarial v. Inquisitorial Approach in International Criminal Proceedings Prior to the Establishment of the I.C.C. and in the Proceedings before the ICC, in A. CASSESE/P. GAETA/J.-R.-W.-D. JONES, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary, op. cit.*, p. 1427.

1906 En réalité, il faut considérer la procédure devant les C.E.T.C., qui s'inspire de la procédure pénale française, selon un modèle continental.

¹⁹⁰⁷ Le Juge de la mise en état est intervenu sur la requête de dessaisissement de l'affaire *Hariri* aux autorités libanaises, voy. l'art. 4(2) du St. Il ne peut pas décider sur le fond, sauf quand il doit se prononcer sur les attentats connexes commis entre le 1^{er} octobre 2004 et le 12 décembre 2005, puisqu'il lui incombe de décider si émettre ou non un acte d'accusation. Il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire subordonné au droit du Procureur et de l'accusé de faire appel contre

juridiques différentes, un modèle continental français, qui inspire la procédure libanaise, et une procédure internationale de matrice accusatoire¹⁹⁰⁸.

B. Un organe sans précédents : le Bureau de la Défense

Pour garantir la qualité de l'assistance légale offerte à l'accusé et assurer une vraie stabilité et continuité de la défense au sein de l'instance juridictionnelle, le T.S.L. a apporté une innovation importante par rapport aux juridictions précédentes, en introduisant le Bureau de la Défense (B.D.)¹⁹⁰⁹. Il s'agit d'un organe officiel inédit, chargé de la tâche exclusive de protéger les droits de la défense dans tous les cas d'absence d'un conseil ou d'inefficacité de la défense déjà existant (1). L'unicité de cet organe réside dans le fait qu'à la différence des autres juridictions pénales internationales, il n'est pas un bureau ou une section externe, annexée à la structure officielle du Tribunal, puisqu'il fait partie, avec la Présidence, les Chambres, le Procureur et le Greffe, des organes qui composent le Tribunal (2).

1. Le rang institutionnel de la défense

Le B.D., tout en gardant son autonomie et indépendance, figure parmi les organes officiels du Tribunal. En particulier, l'art. 57 alinéa C) donne au Chef du Bureau « *un statut équivalent à celui du Procureur* ». Il s'agit d'une circonstance qui représente un *unicum* dans le contexte de la justice pénale internationale¹⁹¹⁰. Le rôle du B.D. se détache complètement de celui de nombreuses associations et sections de la défense, car sa fonction d'aide à la défense dérivent d'un pouvoir et d'une autorité qui soulignent une dignité institutionnelle qui traditionnellement est le patrimoine exclusif de l'accusation, des juges et du Greffe. Un tel organe résulte inconnu au sein de la C.P.I. et des autres juridictions de même caractère, où le support institutionnel assuré à la défense – le support légal, procédural, financier, disciplinaire, formatif, logistique et administratif en général – est surtout confié au Greffe. L'institution du B.D. marque donc un moment crucial dans le processus d'affirmation de l'égalité entre accusation et défense, dans la mesure où ce principe acquiert une dimension concrète et pas simplement théorique.

sa décision. Pour les attentats perpétrés après le 12 décembre 2005, le Procureur pourra s'adresser directement au Président et celui-ci, par l'intermédiaire du Greffier, adressera au Secrétaire général la demande concernant l'étendue de la compétence, voy, l'art. 4(3) du St.

1908 A.-M. LA ROSA, *Juridictions pénales internationales. La procédure et la preuve, op. cit.*, p. 32.

1909 T.S.L., art. 7 St.

1910 *Ibid.*

De surcroît, normalement la défense se caractérise par une absence de continuité au sein de la fonction du fait du manque d'un organe représentatif officiel. En effet, les conseils de la défense changent pour chaque accusé et parfois, le conseil change plusieurs fois pour le même accusé dans des phases différentes de la procédure. Le caractère provisoire et temporel de la défense va en opposition avec le caractère permanent de l'accusation au sein de la juridiction. Bien que le Procureur soit un organe indépendant, il fait partie de la juridiction et change seulement après un certain nombre d'années. D'autre part, le manque de continuité qui caractérise la défense s'encadre dans la nécessité de respecter le droit de l'accusé à l'assistance d'un conseil de son choix. Quelle que soit la logique, l'interruption de tout lien entre la défense et l'institution est évidente, alors qu'une continuité est assurée en ce qui concerne l'accusation. L'absence de continuité de la défense au sein d'une instance juridictionnelle porte à une instabilité de son rôle.

Grâce au caractère officiel et stable attribué au B.D., les membres de celui-ci jouissent des mêmes immunités et privilèges traditionnellement réservés aux membres des autres organes du Tribunal. Au-delà des aspects liés aux privilèges de la fonction, l'attribution d'immunités représente une véritable garantie d'indépendance et d'efficacité de la défense. Les immunités garantissent aux « fonctionnaires de la Défense » une meilleure protection dans l'exercice des fonctions de l'office, en les soustrayant aux limites provenant des nombreux obstacles qu'un conseil rencontre traditionnellement surtout au cours de procès d'une certaine ampleur médiatique, tels que les procès contre les hiérarchies civiles et militaires. Ladite innovation reconnaît donc le rôle fondamental qu'il faut attribuer à la défense, c'est-à-dire un rôle qui doit être protégé dans l'intérêt autant de l'accusé que celui de la justice. Le respect de la dignité du conseil commence par l'institutionnalisation de son rôle et par la protection de celui qui incarne physiquement la défense. La présence institutionnelle du B.D., à disposition du conseil tout au long de la procédure et non seulement dans une phase initiale – propre au B.C.P.D. de la C.P.I. - permet à la défense de ne subir aucune interruption, en lui donnant un caractère stable et continu au sein du Tribunal. De cette façon, le conseil choisi par l'accusé, surtout s'il s'agit d'un conseil étranger à la justice pénale internationale, ne se trouvera pas isolé face à la machine pachydermique et complexe représentée par une juridiction à caractère international et pourra familiariser rapidement et correctement avec une procédure, un droit et une jurisprudence spécifiques, grâce au support technique d'un Bureau de la Défense impartial et indépendant.

Toutefois, les critiques qui sont adressées au B.D. concernent le fait qu'il n'est pas un organisme extérieur au Tribunal et qu'il se compose de fonctionnaires rétribués par le Tribunal, ce

qui pourrait représenter une menace pour l'indépendance du Bureau. La présence continue du B.D. au cours de l'activité du conseil privé peut donner la perception qu'il ne s'agit pas d'une simple aide judiciaire, mais d'un contrôle. En effet, l'autorité et le pouvoir dont le B.D. dispose peuvent être perçus aussi bien positivement, comme un renforcement du rôle de la défense en général, que négativement, comme une sorte de subordination du conseil à une autorité. Toute possible critique liée à la fonction de contrôleur du B.D., en ce qui concerne la régularité, l'efficacité et la qualité de l'activité du conseil, peut être réfutée du fait du rôle spécifique du B.D., qui ne peut être interprété comme un véritable contrôle ni comme une limitation à l'indépendance de la défense, mais plutôt comme un soutien stable accordé à la défense, considéré dans sa dimension impersonnelle. Enfin, la présence d'un Bureau de la Défense intérieur à la juridiction a tranché dès le début toute question liée à l'opportunité de créer un Barreau extérieur au T.S.L., avec les risques d'ingérence de la part de groupes de pression composés des professionnels porteurs de revendications spécifiques et parfois conflictuelles en raison de la difficulté d'harmoniser des intérêts particuliers. Tout cela serait une véritable menace pour l'indépendance de la défense et donc pour l'administration régulière de la justice. Le B.D. ne fait que représenter l'intérêt de la justice du T.S.L., en accord avec les intérêts des accusés et des devoirs des conseils, conformément au Code de conduite des conseils et des autres documents officiels du Tribunal.

2. La garantie de continuité de la défense

Le Bureau de la Défense protège les droits de la défense, en apportant un soutien continu et une assistance autant aux conseils qu'à toute personne comparissant devant le T.S.L. et ayant droit à recevoir une aide juridique¹⁹¹¹. Les fonctions du B.D. ne présentent pas de limites temporelles et couvrent la procédure toute entière, c'est-à-dire la phase de la mise en état, de la première instance et de l'appel. Le B.D. fixe les règles pour l'exercice régulier des fonctions du conseil, assure les meilleures conditions pour l'accomplissement du mandat professionnel et garantit une représentation efficace, capable de permettre au conseil de la défense de disposer de ressources suffisantes et des mêmes moyens et compétences propres au Procureur. L'égalité matérielle contribue à garantir l'équité du procès et l'égalité des armes entre les parties¹⁹¹². Mais, l'assistance fournie par le Bureau est dispensée par plusieurs services, tels que le rassemblement d'éléments de

1911 Au dehors du procès, l'art. 15 de l'Accord donne au Chef du B.D. le pouvoir, ainsi comme le Procureur, de demander et obtenir par le gouvernement la coopération à laquelle ce dernier est tenu. La normative consacrée à la défense dans le procès devant le T.S.L. est contenue dans la Section 7 du Chapitre III du R.P.P..

1912 Voy. les PAJ (Principes régissant l'aide juridictionnelle de la Défense), adoptés le 9 septembre 2011, notamment le paragraphe 1.9.

preuve, la rédaction de mémoires, l'effectuation de recherches et avis juridiques et la commission d'office des conseils¹⁹¹³.

Le Chef du B.D. est nommé par le Secrétaire Général en tant que personnalité indépendante, de compétence professionnelle indiscutable et dotée d'une haute considération morale¹⁹¹⁴. Il dispose du pouvoir d'adopter et éventuellement de modifier les règlements internes à son Bureau, de nommer les fonctionnaires du Bureau, de former une liste de conseils de la défense hautement qualifiés et sélectionnés parmi des conseils provenant de plusieurs pays. Pour assurer un niveau élevé de compétence, les conseils sont tenus de suivre périodiquement des formations organisées par le Bureau¹⁹¹⁵. Le Chef est chargé de commettre d'office un conseil toutes les fois que l'intérêt de la justice l'exige et dans tous les cas où un suspect ou un accusé ne dispose pas de moyens financiers pour rémunérer le conseil¹⁹¹⁶. De plus, il a l'autorité d'intervenir dans tous les cas où la défense se montre inadéquate. A cet égard, une remarque peut concerner le pouvoir discrétionnaire du Chef d'estimer l'efficacité et la qualité de la défense. D'une part, ce pouvoir peut être perçu comme une garantie, mais, d'autre part, il peut également être interprété comme une sorte d'ingérence et d'atteinte à l'indépendance de la défense, du fait d'un discrétionnaire presque absolu du Chef du B.D.. A cet égard, les qualités professionnelles que le Chef du B.D. doit démontrer – les mêmes qualités demandées aux Juges et au Procureur – être la garantie contre tout arbitraire.

Le Chef du B.D. exerce d'autres fonctions consistant à choisir un conseil aux fins de la comparution initiale ou afin de résoudre toute autre question urgente affectant la personne accusée ou suspectée ; en outre, il peut commettre d'office un conseil ou un co-conseil sur demande, en consultation et avec l'accord de l'accusé ou du suspect ; il peut intervenir sur requête du conseil principal choisi par l'accusé ou par le suspect aux fins de la procédure par défaut et dans tous les cas où l'intérêt de la justice le demande. Etant donné le niveau professionnel élevé que le B.D. assure, le droit de l'accusé à nommer un conseil de son choix doit respecter la condition que le conseil choisi réponde aux mêmes critères de compétence requis pour l'admission dans la liste des conseils du Tribunal – qui sont les mêmes que ceux requis pour comparaître sur la liste des conseils de la C.P.I. -. Il s'agit de conseils qui se sont déclarés disponibles à être commis d'office pour représenter toute personne indigente et qui, à cette fin, sont soumis à une sélection attentive¹⁹¹⁷. Afin d'assurer l'équité de la procédure et le respect des droits de la défense, le Chef du

1913 Voy. T.S.L., Section 7 du Chapitre III du R.P.P., articles 57, 58 et 59.

1914 T.S.L., art. 57(A) R.P.P.

1915 *Ibid.*, art. 13 St. et art. 57(D)(i) R.P.P.

1916 *Ibid.*, art. 59A) R.P.P.

1917 *Ibid.*, art. 57(D)(ii)(iii)(iv)(v) et 59 R.P.P.

B.D. jouit du droit d'être entendu par les autres organes du Tribunal sur des questions qui intéressent les équipes de la défense¹⁹¹⁸.

Pour garantir une défense efficace et conforme aux standards internationaux et aux normes régissant la procédure devant le T.S.L., le Chef est chargé de suivre l'activité du conseil privé ou du conseil commis d'office, en lui assurant des avis appropriés ; dans des circonstances exceptionnelles, il invite la personne représentée à faire des observations sur le choix et l'accomplissement de la stratégie adoptée par le conseil et, lorsqu'il est persuadé que la défense déployée est inefficace ou irrégulière, il adopte des mesures à l'encontre du conseil, telles que l'engagement d'une procédure disciplinaire, la présentation d'une réclamation adressée aux juges ou la suspension du versement des honoraires¹⁹¹⁹. Toutefois, il faut noter que ses pouvoirs, bien que considérables, restent soumis au respect de la confidentialité des communications entre avocat et assisté, et subordonnés à l'opinion exprimée par le conseil concerné¹⁹²⁰. Des limites importantes sont imposées aux fonctionnaires du B.D., y compris son Chef, qui sont obligés à se conformer aux principes énoncés dans le Code de déontologie des conseils, à ne recevoir aucune instruction par l'accusé ou le suspect et à ne pas intervenir dans des questions de faits ou dans des questions qui se présentent en rapport avec une affaire spécifique. Les restrictions énoncées rendent donc presque impossible tout risque d'arbitraire, de conflits d'intérêt et de compromission de l'indépendance du B.D.¹⁹²¹.

CONCLUSION CHAPITRE II

La réglementation de la C.P.I. en matière de droits de la défense a certainement influencé l'activité des autres juridiction présentes sur la scène internationale et à cet égard, nous avons vérifié dans quelle mesure le T.S.L., la seule instance pénale internationale successive à la Cour, a subi l'influence du Statut de Rome. Toutefois, une analyse approfondie de sa nature, de son mécanisme de création, de sa compétence, de ses règles procédurales ont démontré que le T.S.L. se détache beaucoup – mais pas complètement - du système propre à la C.P.I., car il reste un *unicum* dans son genre.

A la lumière de notre analyse, peut-on vraiment nier au T.S.L. un niveau de garanties de la défense comparable à celui de la C.P.I. du fait que le droit matériel applicable est le droit libanais,

1918 *Ibid.*, art. 57(F) R.P.P.

1919 *Ibid.*, art. 57 (H)(i)(ii)(iii) R.P.P.

1920 *Ibid.*, art. 57 (G)(i)(ii)(iii)(iv) R.P.P.

1921 *Ibid.*, art 57 (I)(J) R.P.P.

que le T.S.L. adopte une procédure avec un caractère inquisitoire très marqué et qu'il suit chronologiquement la « suprématie » de la seule instance pénale internationale permanente ? autrement dit, peut-on affirmer que la C.P.I., par sa vocation universelle et son caractère permanent, est la seule juridiction internationale à assurer à la défense les standards internationaux les plus élevés? Ici, nous soutenons que le système juridique de la défense propre au Statut de Rome a, certes, représenté un modèle pour le T.S.L., qui toutefois ne présente pas des garanties moins importantes. De plus et par certains aspects, ce Tribunal a démontré un certain niveau de protection dans les aspects où le système de la Cour est encore déficitaire, comme dans le cas de l'institution du Bureau de la Défense.

CONCLUSION TITRE II

En matière de participation des victimes, la C.P.I. confirme la tendance qui s'est consolidée au sein du procès pénal international allant vers une sensibilité toujours plus accrue envers la victime. La justice pénale internationale, notamment celle de la Cour, n'est plus uniquement répressive mais également réparatrice. D'autre part, en analysant le T.S.L. et sa spécificité, nous avons considéré qu'il reste, jusqu'à présent, la seule juridiction créée après l'institution de la C.P.I. A la lumière de ce constat, nous avons également considéré que le temps qui sépare la création des deux organes révèle des différences formelles et substantielles, dans la mesure où le T.S.L. a certainement subi le destin d'une comparaison avec la Cour, surtout si l'on confronte le caractère conventionnel de la Cour avec l'acte de naissance du T.S.L. : une résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies. Or, le choix d'une justice proche du système de répression du Liban, partiellement extérieure à celui-ci, a fortement limité une internationalisation complète de l'enquête et une solution judiciaire toute internationale de l'affaire, conformément à une tendance évolutive générale sur le plan international – une tendance opposée à l'expérience totalement internationale des T.P.I., en vertu de la primauté qui caractérisait les T.P.I. - plus favorable à une implication nationale dans l'établissement judiciaire de la vérité et à une non exclusion totale de la dimension nationale - le rapport de complémentarité entre la C.P.I. et les juridictions nationales en donne un exemple -. Ladite implication se réalise principalement par une conjonction entre droit national et droit international applicable. Au niveau des garanties de la défense, les deux systèmes juridiques, de la Cour et du T.S.L., complètent un cadre normatif encore critiquable.

CONCLUSION PARTIE II

Le système de garantie de la défense offert par la Cour est-il satisfaisant ? Nous retenons que l'affirmation selon laquelle, devant la C.P.I. la défense n'existe pas est excessive. Nous sommes en revanche en présence d'un système bien structuré et complexe mais encore perfectible en ce qui concerne plusieurs aspects, tel que la garantie d'une représentation unitaire de la défense. Le rapport accusé-victime en donne également un exemple. Par ailleurs, le système normatif et la structure du T.S.L démontrent que, en raison de certaines innovations importantes, le Tribunal peut satisfaire l'égalité entre accusation et défense, alors que la normative de la Cour se présente encore lacunaire.

CONCLUSION GENERALE

Dans le cadre du procès pénal, un minimum de garanties doivent être accordées à chaque accusé, conformément aux standards internationaux des droits de l'homme. La justice pénale internationale n'est pas exempte de cette prescription, qui est également valable pour les individus accusés des crimes les plus affreux contre le genre humain, comme les crimes de compétence de la Cour pénale internationale. La création de cette juridiction n'est pas comparable aux précédentes expériences analogues, étant donné le fait que c'est un événement qui a profondément changé l'évolution du procès pénal international et qui, par conséquent, a garanti une protection plus importante de l'accusé. L'année 1998, année de la signature de l'Accord de Rome, a marqué une étape définitive dans le processus de codification du D.I.P.. Ce dernier a caractérisé tout le XXème siècle, commençant avec les grands procès de Nuremberg et de Tokyo et culminant avec la création de la Cour. Ledit processus n'a pas empêché, toutefois, l'institution d'une autre juridiction pénale internationale postérieure à la création de la Cour.

Issues de l'exigence d'une sorte de morale internationale commune, les règles issues de l'œuvre de codification du D.I.P., ne sont pas encore acceptées unanimement du fait des relativismes culturels et idéologiques. Malgré la lutte internationale à l'impunité, une très forte défiance persiste encore de la part de certains pays à l'égard de la signature du Statut de Rome. La résistance envers ce qui incarne la justice pénale internationale empêche un *consensus* international plus élargi à travers une adhésion ample et sans réserves au Statut de la C.P.I. ou à travers l'adoption au niveau interne de lois mettant en œuvre les obligations définies par le Statut. La célébration de la première décennie d'activité de la C.P.I. a été marquée par une attaque contre sa légitimité de la part de l'Union Africaine, car la plupart des procès devant la Cour concernent des Etats africains. Durant l'automne 2013, plusieurs Etats africains ont exprimé la volonté de retirer leur signature de l'Accord de Rome, en dénonçant l'approche partielle de la Cour envers l'Afrique, la violation de la souveraineté des pays impliqués par les enquêtes internationales et la politisation de son action judiciaire, surtout en ce qui concerne les procédures à l'égard de certains leaders africains en charge.

En fait, comme il a été soutenu à La Haye, en 2013, par le Président de la C.P.I., le Juge Sang-Hyun Song et par le Conseiller spécial de l'O.N.U. pour la prévention du génocide, M. Adama Dieng à l'occasion du Onzième Séminaire des Conseils de la C.P.I., l'U.A. néglige le fait que l'action de la Cour est, par son mandat exprès, judiciaire et non politique, comme il est démontré par le fait que son fonctionnement n'est pas confié à son arbitraire, mais qu'il est régi par des règles

très strictes. En outre, son action n'est pas dirigée uniquement contre les accusés, mais également en faveur des victimes. Puisque le nombre des victimes en faveur desquelles la justice de la Cour est dirigée est supérieur au nombre limité des accusés africains poursuivis, il va de soi que la C.P.I travaille pour et non contre l'Afrique, et comme il est soutenu par l'U.A., puisque son action judiciaire vise à promouvoir la paix par le biais de la Loi.

En réalité, les critiques ne proviennent pas des pays concernés, mais plutôt de certains *leaders* africains touchés par les enquêtes de la Cour ou qui risquent de l'être, comme le Président Kagame au Rwanda. Il s'agit surtout de leaders en charge faisant l'objet de poursuites de la Cour ou de ceux qui risquent des poursuites et qui ne resteront pas encore longtemps au pouvoir. A cet égard, la position officielle du Secrétaire Général des N.U. indique comme but prioritaire la répression, mais surtout la prévention des crimes internationaux. Les pays africains aujourd'hui hostiles à la C.P.I., par la signature du Statut de Rome, ont librement accepté la juridiction de la Cour et, comme dans le cas du Mali, permis l'accès de la Cour dans leur territoires aux fins d'enquêtes et donné leur accord quant aux exécutions des peines. La position de l'U.A. est donc regrettable d'autant plus qu'elle intervient après la signature de l'Accord de Rome, une choix qui, en revanche, avait donné la preuve d'approbation et de l'attachement à la Cour des pays africaines, plus encore que des pays d'autres continents.

Mais, l'Histoire nous démontre comment les erreurs judiciaires les plus épouvantables ont été la conséquence de procès conduits en violation des droits de la défense les plus élémentaires, commis de préférence à l'encontre de personnalités coupables de ne plus plaire aux autorités. L'absence d'un support réel d'accusation, la violation des droits de l'accusé les plus élémentaires ont souvent représenté un instrument politique permettant de se débarrasser d'adversaires gênants à travers des procès inéquitables ou utilisés pour rétablir un contrôle social par le biais d'une criminalisation indiscriminée et d'une condamnations impitoyable. Si l'on compare l'expérience du passé avec les grands procès d'aujourd'hui contre les autorités politiques et militaires qui, à l'exception de l'affaire Al Bashir et Kenyatta ne sont pas au pouvoir au moment des procédures internationales contre eux, on constate que la stratégie de défense préférée consiste souvent à dénoncer la violation du procès équitable occultant une persécution politique. Le respect des droits de la défense contribue à réduire ces tentations et, par conséquent, à réduire le recours à des stratégies qui dépassent les aspects techniques du procès et de la procédure devant les juridictions pénales internationales. La dénonciation dilatoire et infondée de violations des droits de la défense ne cache parfois qu'une instrumentalisation des principes démocratiques pour des finalités privées,

qui vont au bénéfice de l'individu se trouvant tout simplement dans l'impossibilité de recueillir de moyens valables de preuves à décharge.

Or, le Statut de Rome se fonde sur des valeurs communes propres à la communauté des Etats signataires, qui ont formellement introduits en droit international l'élément de la sanction et de la responsabilité pénale individuelle, sans toutefois négliger l'élément de la réglementation procédurale qui conduit à la sanction pénale à travers le respect des droits de la défense. La protection des droits de l'accusé dans le système de la justice pénale internationale réside donc aussi bien dans l'institution d'une juridiction compétente, indépendante et impartiale, que dans le processus de codification du D.I.P., surtout dans sa partie procédurale, qui a introduit non seulement les principes fondamentaux à la base du procès pénal international, mais également un système plus précis et détaillé des garanties procédurales réservées à l'accusé. Le Statut de Rome symbolise cette codification. Parmi le classement de principes et de droits on retrouve l'ensemble des garanties réservées à l'accusé. L'analyse des principes et droits de la défense donne un substrat général de ce représente aujourd'hui le procès devant la C.P.I., caractérisé par les différents tesselles de la mosaïque composant le concept de procès équitable. Notre parcours de recherche, à travers l'analyse des dispositions sur les droits de la défense contenus dans le Statut de Rome a mis en relief chaque droit singulièrement. Les dispositions sur le même sujet contenues dans les autres textes officiels de la Cour ont été illustrées selon la même méthode.

Encore une fois, l'art. 6 de la C.E.D.H. et l'art. 14 du P.I.D.C.P. sont à l'origine du système général de garanties de la défense qui caractérise le Statut de la C.P.I., bien que celui-ci les dépasse en terme de prévision et précision. Toute personne faisant l'objet d'une accusation devant la Cour peut invoquer les standards internationaux protégeant la défense. Dans le cadre de la notion étendue d'équité, qui est la qualité du procès, il faut considérer la qualité de l'accusé, qui est présumé innocent jusqu'à la décision ayant autorité de chose jugée. L'orientation jurisprudentielle en matière de droits de l'homme a souligné à plusieurs reprises la fonction non exhaustive de l'énumération des garanties de la défense, qui se limite simplement à regrouper les droits minimaux qui doivent être assurées à l'accusé dans le cadre de la notion générale de procès équitable. Dans la même perspective se situe notre lecture de l'art. 67, où les garanties spécifiques ne doivent pas être envisagées isolément, mais dépasser la lettre de la norme pour être considérées à la lumière d'une portée plus large de la notion et être interprétées selon la fonction de chacune au cas par cas.

Les garanties de la défense appliquées devant la Cour rassemblent les meilleures garanties de la défense prévues au sein des systèmes juridiques modernes les plus évolués. Elles reflètent aussi bien le caractère mixte de la procédure, fruit d'un compromis entre les deux systèmes de *common law* et de *civil law*, que l'esprit communautaire du « code » de la Cour. Les garanties procédurales contenues dans le Statut de Rome poursuivent plusieurs finalités : premièrement, le respect des standards en matière de droits de l'homme dans le cadre du procès pénal, à savoir les droits et les principes affirmés par les conventions internationales, en cohérence avec l'esprit communautaire mentionné. En second lieu, l'objectif de poursuivre l'intérêt de la justice à travers sa mise en application correcte. Les deux finalités, enfin, convergent vers un troisième objectif représenté par la réaffirmation de la légalité internationale obtenue à travers une répression régulière.

Le respect de la dignité de l'accusé est donc le critère prioritaire pour la justice de la Cour. La Cour représente *in re ipsa* une garantie de la défense, dans la mesure où il s'agit d'une juridiction qui ne présente aucun caractère de spécialité, d'exceptionnalité ni de précarité temporelle. La présente recherche a démontré que les droits de la défense prévus dans les conventions internationales se sont enracinés dans le Statut de Rome, dans le R.P.P. et dans les autres documents qui régissent l'activité de la Cour. D'une part, il s'agissait de montrer comment l'activité de la C.P.I. a déjà révélé un respect général plutôt rigoureux, quasiment paroxystique, des droits de la défense. En effet, une critique concerne la durée du procès, due à des procédures particulièrement précautionneuses et donc lentes. Le chemin à parcourir pour rejoindre une pleine affirmation de ces droits s'est avéré très complexe et n'est pas encore achevé. Il doit encore dépasser les préjugés au sein d'une communauté internationale constamment choquée et donc particulièrement sévère envers les responsables des crimes parmi les plus affreux, par rapport auxquels la tentation d'une justice sommaire immédiate serait plus satisfaisante. La bataille en faveur des garanties de la défense, loin d'atteindre l'impunité, vise plutôt à garantir la juste sanction sur la base d'un procès juste.

La défense judiciaire est-elle enfin la défense du vrai ? Au cours de notre analyse, nous avons vérifié que la réponse à cette question est double et suit deux perspectives différentes qui encadrent la notion de défense. Selon une acception factuelle, la défense recherche la vérité et le respect des droits de l'accusé, et vise à protéger et à atteindre cette vérité. Les droits de la défense sont alors au service de la vérité, ils existent puisqu'il existe un procès contre l'individu. En revanche, selon une perspective formelle, la défense ignore la vérité, qui n'est son but ni direct ni indirect. En d'autres termes, la protection des droits de la défense, selon l'acception technique du terme défense, vise directement à la protection de l'individu en tant que tel, en tant que personne déjà destinataire *a*

priori de certains droits avant d'acquérir la qualité d'accusé. Dans ladite perspective, les droits de la défense sont un patrimoine de l'homme avant de l'être de l'accusé. Le fondement de cette approche réside dans la circonstance que le respect des garanties du procès équitable et des droits de la défense sont des principes fondamentaux propres à la personne humaine. Ils présentent une valeur tellement élevée qu'ils en deviennent comparables au droit même à la vie. Il s'agit de règles qui gouvernent la société et qui limitent la conduite humaine dans sa tentation naturelle à l'arbitraire et à l'accablement. L'importance des droits de l'accusé demeure dans le respect des règles et dans la rigueur avec laquelle ils s'appliquent indépendamment de la gravité des valeurs humaines profanées. D'autre part, la justice pénale internationale se fonde sur la supériorité des droits de l'homme et la C.P.I. se pose à la croisée de ces deux exigences, son activité ayant pour nécessité primordiale de rechercher la vérité dans le respect des droits de l'homme, à savoir de poursuivre sur une base légale renforcée par l'accord des Etats.

L'analyse générale du sujet a, en outre, révélé une vision quantique des droits de l'accusé codifiés dans le Statut, où l'un est corrélé à l'autre, constituant ensemble. La violation d'un droit est susceptible d'invalider l'ensemble, dans la mesure où la violation d'un droit rend le procès inéquitable. Le Statut représente l'enveloppe normative formelle qui contient le patrimoine de ces droits inhérents à l'individu et, en même temps, le texte normatif de garantie sur lequel se fonde le *consensus* de la communauté des Etats en ce qui concerne la nécessité de combattre l'impunité selon les règles démocratiques du vivre social et de juger et punir selon les règles propres à l'état de droit universellement reconnues. Les autres textes satellites au Statut, en premier lieu le R.P.P., règlent en détail et complètent la norme statutaire. Tous ensemble, ces textes forment un *corpus* normatif de garanties plus amples que l'énumération des droits énoncés dans les articles 55 et 67 du Statut. De plus, la Cour est l'instance pénale supérieure puisqu'elle n'a pas de limite géographique ni temporelle, pour cela son procès est censé être un modèle de perfection.

L'analyse du Statut de Rome a permis également d'envisager certains effets exogènes qu'il est important de souligner. Premièrement, par rapport aux victimes, la C.P.I. a introduit des nouveautés importantes, qui ont transformé une justice simplement répressive en une justice réparatrice. Le droit à l'égalité des armes est un droit établi entre défense et accusation. Toutefois on peut se demander si la justice pénale internationale ne suit pas une nouvelle tendance qui dépasse le bipolarisme entre accusation et défense pour introduire un troisième protagoniste : la victime. L'analyse comparative a démontré que la sauvegarde des droits des victimes, qui compte parmi les buts principaux du préambule du Statut de Rome, a rejoint le même degré de garantie réservé à la défense. On souhaite que devant la Cour, en tant que dernière étape de la justice pénale

internationale, les droits de la défense mais également les droits des victimes, en coexistant, trouvent également dans la pratique le même degré de protection.

En second lieu, nous avons considéré que le modèle de protection de l'accusé propre à la Cour a certainement comblé les lacunes des instances précédentes. Toutefois, cela n'est vrai qu'en partie, puisque seulement la juridiction pénale internationale postérieure à la C.P.I. a révélé l'imperfection du système général de protection de la Cour. En raison de certaines innovations importantes, le T.S.L. a comblé, surtout grâce à une vraie égalité entre accusation et défense, le régime encore lacunaire de la C.P.I., élargissant ainsi le champ de protection des droits de l'accusé. La protection de l'accusé s'accomplit, *in primis*, par la présence d'un organe officiel unique dans l'histoire de la justice pénale internationale: le Bureau de la Défense. A côté des Chambres, du Procureur et du Greffe, seulement ce Tribunal a institué un organe chargé de préserver et assurer les droits de l'accusé et du suspect. En outre, bien que le modèle accusatoire adopté par la Cour reste donc celui qui domine, le modèle inquisitoire adopté par le T.S.L. - mis en valeur par des correctifs accusatoires - contribue au plein respect des standards des droits de l'homme reconnus sur le plan international. La seule instance pénale internationale consécutive à la Cour a subi l'influence du Statut de Rome, cependant une analyse approfondie de sa nature, de son mécanisme de création, de sa compétence, de ses règles procédurales ont démontré que le T.S.L. se détache beaucoup - voire complètement - du système propre à la C.P.I., car il représente un *unicum* dans son genre.

En conclusion, devant la Cour, la protection des garanties de la défense est le résultat d'une structure formelle bien conçue et règlementée. Toutefois, des failles sont encore envisageables dans le système général des garanties de la défense, auxquelles il est également possible d'envisager des corrections, puisqu'il s'agit d'un système perfectible.

La lenteur des procès est un premier problème. Il serait opportun introduire de voies de recours spécifique pour la violation du droit de l'accusé à être jugé dans un délai raisonnable, après le dépassement d'un délai pré-établi dès l'ouverture d'une enquête ou de l'arrestation, si la personne est encore détenue en l'attente de procès -, compte tenu de la complexité des affaires dont la Cour s'occupe. Il serait souhaitable enfin demander et obtenir une indemnisation en cas de condamnation pour la violation du droit à être jugé dans un délai raisonnable..

Une deuxième double critique concerne l'abus dans l'application et durée de la détention provisoire, et l'usage indiscriminé de la confidentialité de certains renseignements et moyens de preuve.

Un autre point à retenir est l'excessive facilité dans la modification de la procédure, notamment du R.P.P. et du R.C, sans une vraie participation de la défense au procès législatif.

Il faut souligner en outre la présence de juges non techniques, à savoir ni magistrats ni avocats. En l'espèce, la solution optimale serait l'élection de juristes experts en droit pénal et procédure pénale, avec une expérience du procès pénal, et l'assistance ou la co-présence d'experts de droit international en tant que juges *ad litem* ou conseillers juridiques.

Enfin, il faut regretter une indépendance authentique des avocats, encore absente à cause de la présence de plusieurs conseils supportés par les Barreaux nationaux et les organisations d'avocats très influentes au niveau national et international. En effet, les avocats vraiment indépendants sont ceux titulaires de petits cabinets individuels, qui toutefois n'ont pas la possibilité de se confronter avec les confrères bénéficiant souvent de supports politiques et financiers, puisque cette profession libérale présente des coûts très élevés, avec des temps de spécialisation très longs, passés pour la plus part à l'étranger. De plus, les conseils jouissant de références prestigieuses au niveau national sont accrédités auprès des juridictions pénales internationales, pouvant dialoguer plus facilement avec les organes chargés des rapports avec les avocats, *in primis* le Greffe. Ainsi, une vraie indépendance et démocratisation de la profession - demandée aux avocats par le Code de conduite - sera difficilement réalisable, de cette manière la présence d'avocats *free-lance* est découragée et marginalisée.

L'idée d'introduire un Bureau de la Défense, inexistant auprès des juridictions antérieures à la Cour, est un signe d'innovation destiné à conditionner le système général de la justice pénale internationale, comme l'envisage le projet de « ReVision » du Greffe, commencé en 2014 sous mandat de l'Assemblée des Etats parties à sa douzième session. En effet, l'équipe dudit projet a confirmé l'existence d'une fragmentation, inefficacité, opacité et bureaucratie excessive liées à la fonction spécifique du Greffe de se charger des intérêts généraux de la défense et de soigner les rapports avec les conseils. La révision nécessite d'abord un renouvellement structurel de la défense, qui prévoit la création d'un bureau réunissant la Section d'appui aux conseils et le B.C.P.D., afin de résoudre les problèmes dérivant du manque absolu de coordination entre les deux et éviter toute confusion ou fragmentation des fonctions, faisant ainsi valoir efficacement les droits de l'accusé, comme l'établit la règle 20. Plus particulièrement, l'examen effectué a permis de reconnaître l'inaptitude du B.C.P.D. à représenter aussi bien les intérêts généraux de la défense que les intérêts

collectifs des conseils autorisés à plaider devant la Cour, à cause des limites fonctionnelles et du manque d'un contrôle démocratique de la part des conseils que ce bureau devrait représenter. Le résultat est que le B.C.P.D. se présente comme une sorte d'enclave presque inaccessible de l'extérieur. A l'exception de la représentation en justice de l'accusé – dont continueront à être chargés les conseils externes indépendants -, le nouveau bureau sera chargé de fonctions telles que : l'administration de l'aide judiciaire, l'assistance juridique et pratique aux conseils, la tenue à jours de la Liste des conseils, la désignation des conseils et le maintien d'une liaison continue et efficace avec le Greffe.

Malgré les bonnes intentions de rationalisation du fonctionnement du Greffe et d'optimisation des fonctions liées à la défense, toutes les propositions du projet ne sont pas d'un égal intérêt. Les propositions du projet de « ReVision » sont souhaitables mais nécessitent une grande précaution lorsqu'il est envisagé, à coté de ce bureau, la création d'une association externe indépendante, autogérée et censée représenter tous les conseils sur la Liste de la Cour. Comme nous l'avons souligné avec force, il existe des risques concrets liés à la création d'un tel organisme, en particulier des risques concernant l'effectivité de son indépendance et le respect des principes démocratiques qui devrait inspirer son action. En particulier, nous faisons référence à la possibilité que cette association devienne une élite représentative d'un groupe restreint de conseils – ceux qui ont le plus d'influence et de pouvoir au niveau domestique, compte tenu de l'obligation de l'appartenance à une telle association pour l'inscription sur ladite Liste, du pouvoir de l'association de désigner les membres des organes disciplinaires, du caractère discrétionnaire dans l'évaluation de la compétence des conseils aux fins de l'admission sur la Liste de la Cour et enfin, du pouvoir de contrôle du comportement professionnel du conseil. En effet, le projet de « ReVision » se préoccupe surtout des fonctions limitatives de l'accès à l'activité au sein de la Cour, puisqu'il néglige ce qui devrait être la fonction principale d'une telle organisation : la protection du conseil. S'agissant d'une profession libérale très exposée à des multiples risques, il faudrait d'abord se préoccuper de la tranquillité et sécurité du conseil dans l'exercice de son mandat.

En outre, il faut reprocher le manque d'une défense institutionnalisée intérieure à la Cour, vraiment indépendante par rapport à tout intérêt particulier, puisque ce rôle prestigieux peut facilement créer un « Far West » entre Etats et organisations intéressées à acquérir le monopole dans un domaine très délicat pour l'indépendance de la profession. De plus, le monopole d'une organisation née de l'extérieure sans une véritable garantie d'indépendance par rapport à certains groupes de pouvoirs risquerait de rendre trop sélectif l'accès à cette profession, qui est déjà très

difficile en considération des compétences multiples requises et de la disponibilité presque totale demandée. Nous proposons donc la création d'un organe indépendant mais intérieur à la Cour, selon le modèle du Bureau de la Défense du T.S.L., qui réunirait les fonctions d'un bureau administratif intérieur et d'une association indépendante extérieure, évitant ainsi une dispersion des fonctions et une diminution de la dignité institutionnelle de la défense. En effet, le procès pénal international rencontre encore beaucoup de difficultés à atténuer les différences existantes traditionnellement entre les deux parties adverses et, dans ce sens, la C.P.I. n'a pas encore contribué à un procès évolutif. La violation du droit à l'égalité des armes est formellement et substantiellement enracinée dans l'absence d'une égalité institutionnelle, dans la mesure où, par tradition, le rôle institutionnel est conféré exclusivement à l'office du Procureur de la Cour. Le T.S.L. a démontré dans quelle mesure un système de matrice inquisitoire peut combler les déficiences du modèle accusatoire sortant du Statut de Rome en matière d'égalité des armes, réalisant pour la première fois une vraie égalité institutionnelle entre accusation et défense.

Au delà de ces remarques spécifiques, il faut avoir une vision d'ensemble de ce qui est aujourd'hui la protection des intérêts généraux de la défense au sein de la Cour. Les modalités des arrestations et le déroulement des procédures à l'encontre des prévenus donnent la mesure de la manière dont le traitement qui leur a été traditionnellement réservé a changé au cours du temps. Elles indiquent comment la justice pénale internationale a évolué non seulement en termes d'efficacité dans la répression des crimes à caractère international, mais également en termes de garanties de l'accusé. Le temps des procès sommaires et des condamnations spectaculaires contre les criminels « excellents » offerts en pâture à l'opinion publique internationale semble avoir laissé la place à des procédures qui, au moins dans les prévisions formelles, tendent à être respectueuses de la dignité de l'accusé, en tant qu'être humain doté de droits fondamentaux incontestables et incontournables. Le système général de garanties offert par le Statut de Rome est à ce titre le début d'un processus de perfectionnement et non la fin.

« ... perchè ogni pena non sia una violenza di uno o di molti contro un privato cittadino, dev'essere essenzialmente pubblica, pronta, necessaria, la minima delle possibili nelle date circostanze, proporzionata à delitti, dettata dalle leggi. »

(Cesare Beccaria, 1764)

Bibliographie ouvrages

- S. Abou, *Culture et droits de l'homme*, Hachette, Paris, 1990,
- H. Abtahi/B. Boas (ed.), *The Dynamics of International Criminal Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006
- C. Albiges, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, France, 2000
- F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè Editore, Milano, 1987
- H. Arendt, *La banalità del male*, Feltrinelli, Milano, 2007
- H. Arendt, *Alcune questioni di filosofia morale*, Einaudi, Torino, 2003
- L. Arbour/A. Eser/K. Ambos/A. Sanders (dir.), *The Prosecutor of a Permanent International Criminal Court*, Freiburg, 2000
- M. Arcari/L. Balmond (dir.), *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, Giuffrè, Milano, 2008
- M.-J. Arcaute-Descazeaux, *L'aveu. Essai d'une contribution à l'étude de la justice négociée*, Septentrion, Lille, 1998
- Aristotele, *Etica Nicomachea*, Tomes I et II, Biblioteca Universale Rizzoli, Milano, 1986
- Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Flammarion, Paris, 1965,
- H. Ascensio/E. Décaux/a. Pellet (dir.), *Droit international pénal*, Editions A. Pedone, 2000 et 2012
- H. Ascensio/E. Lambert-Abdelgawad/J.-M. Sorel (dir.), *Les juridictions pénales internationales*, Société de législation comparée, Paris, 2006
- Y. Attal-Galy, *Droits de l'homme et catégories d'individus*, L.G.D.J., Paris, 2003
- M.-J. Glennon/S. Sur (eds.), *Terrorisme et droit international*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2008
- S. Bartole/B. Conforti/G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, CEDAM, Padova, 2001
- M.-C. Bassiouni, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale*, Giuffrè Editore, Milano, 1999
- M.-C. Bassiouni/P. Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Transnational Publishers, New York, 1996
- M.-C. Bassiouni, *Introduction au droit pénal international*, Bruylant, Bruxelles, 2002

- M.-C. Bassiouni, *A draft international criminal code and draft statute for an international criminal tribunal*, M. Nijhoff, Boston, 1987
- M.-C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, 2nd revised ed., Kluwer Law, The Hague, 1999
- T. Bell, *Undeclared business, South Africa, apartheid & truth*, RedWorks, Muizenberg, South Africa, 2001
- J. Bentham, *Anarchical Fallacies, Works of Jeremy Bentham*, William Tait, Edinburgh, 1845
- J. Bentham, *Théorie des peines et des récompenses*, 3e éd., Bossange, Paris, 1825
- W. Benz, *L'Olocausto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003
- P. Bercis, *Guide des droits de l'homme. La conquête des libertés*, Hachette, Paris, 1993
- G. Bertagnolli, *Il primo processo alle streghe della Val di Non*, La Grafica Anastatica Mori, Rovereto, 1914
- A. Bevere, *Coercizione personale. Limiti e garanzie*, Giuffré Editore, Milano, 1998
- A. Bevere/A. Cerri, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, Giuffré Editore, Milano, 1995
- G. Boas, *The Milosevic Trial: Lessons for the Conduct of Complex International Criminal Proceedings*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007
- N. Bobbio/N. Matteucci/G. Pasquino, *Dizionario di politica*, UTET, Torino, 1983
- N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990
- N. Bobbio, *Il dubbio e la scelta; Intellettuali e potere nella società contemporanea*, NIS, Roma, 1993
- N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1984
- M.-J. Bossuyt, *Guide to the «travaux préparatoires» of the International Covenant on Civil and Political Rights*, M. Nijhoff Publ., Dordrecht, 1986
- W. Bourdon/E. Duverger, *La Cour pénale internationale. Le Statut de Rome*, Editions du Seuil, Paris, 2000
- P. Bouzat, *La loyauté dans la recherche des preuves*, Mélanges L. Hugueny, n° 20, Sirey, Paris, 1964
- G. Braibant (dir.), Conseil d'État, *Sciences de la vie. De l'éthique au droit*, La Documentation française, NED, 1988
- E. Bribosia/L. Hennebel (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004

- L. Burgorgue-Larsen/A. Levade/F. Picod (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, T. I, Partie I, Bruylant, Bruxelles, 2005
- F.-L. Buntman, *Robben Island and Prisoner Resistance to Apartheid*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003
- R. Cabrillac/M.-A. Frison-Roche/T. Revet, *Droits et libertés fondamentaux*, 4^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1997
- L. Caflisch, *Promoting Justice, Human Rights and Conflicts resolution through International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007
- Calvin, *Intitution*, Genève, 1955, t. IV, cap. XX, 25
- M. Caianiello, *L'esercizio dell'azione penale nella Cpi*, in *Riv.D.P.* 2001
- P. Calamandrei, *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente (1945)*, Le Balze, Montepulciano (Siena-Italie), 2003
- D. Carponi Schittar, *La menzogna nel processo. Non dire falsa testimonianza*, Giuffrè Editore, Milano, 2004
- A. Cassese, *I Diritti Umani Oggi*, GLF Editori Laterza, Roma - Bari, 2005
- A. Cassese, *Umano-Disumano. Commissariati e prigionieri nell'Europa di oggi*, Laterza, Roma-Bari, 1994
- A. Cassese, (ed.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009
- A. Cassese, *Lineamenti di diritto internazionale penale, I. Diritto sostanziale*, Il Mulino, Bologna, 2005
- A. Cassese/M. Delmas-Marty (éd.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, PUF, Paris, 2002
- A. Cassese/P. Gaeta/J-R.W.D. Jones, *The Rome Statute of the International Criminal Court : a Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2002
- A. Cassese/D. Scalia/V. Thalmann, *Les grands arrêts du droit international pénal*, Dalloz, Paris, 2010
- A. Cassese, *International criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2003
- M. Cattaruzza/I. Deák, *Il processo di Norimberga tra storia e giustizia*, Storie e Memorie, UTET, Torino, 2006
- J.-L. Charrier, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, LexisNexis LITEC, Paris, 2005
- R. Charvin/J.-J. Sueur, *Droits de l'homme et libertés de la personne*, 4^e éd., LITEC, Paris, 2002

- J.-M. Chaumont, *La concurrence des victimes*, La Découverte, Paris, 2002
- J.-J. Chevallier, *Storia del pensiero politico moderno*, Vol. II, L'età moderna, Il Mulino, Bologna, 2002
- M. Chiavario (dir.), *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Dalloz-Giuffrè Editore, Paris-Milano, 2003
- M. Colin, *Le crime contre l'humanité*, Erès, Ramonville Saint-Agne, 1996
- C.-A. Colliard, *Libertés publiques*, Dalloz, Paris, 7^e éd., 1989
- N.-A. Combs, *Guilty Pleas in International Criminal Law. Constructing a Restorative Justice Approach*, Stanford University Press, Stanford, 2007
- L. Condorelli (dir.), *Les Nations Unies et le droit international humanitaire*, Paris, Pedone, 1996
- H. Corell/H. Türk/G.-H. Thune, *Proposal for an International War Crimes Tribunal for the Former Yugoslavia*, Report, 1993
- J.-P. Cot/A. Pellet, *La Charte des Nations Unies*, Economica, Paris, 2^e édition, 1991
- S. Cotta, *Montesquieu e la scienza della società*, Ramella, Torino, 1953
- L. Cournarie, *Éthique à Nicomaque. Commentaire*, Philopsis éditions numériques, Versailles, 2007
- P. Currat, *Les crimes contre l'humanité*, Bruylant, Bruxelles, 2006
- E. David/C. van Assche, *Code de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2004
- F. De Fontette, *Le Procès de Nuremberg*, Presse Universitaire de France, Paris, 1996
- M. Delmas-Marty (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, Paris, 1996
- M. Delmas-Marty, *Procédures pénales d'Europe*, PUF, Paris, 1995
- M. Delmas-Marty/E. Fronza/E. Lambert-Abdelgawad (dir.), *Les sources du droit international pénal*, Société de législation comparée, Paris, 2004
- P. De Greiff (ed.), *The handbook of reparations*, Oxford University Press, Oxford, 2006
- H.-D. de Vabres, *Les principes modernes du droit pénal international*, LGDJ, Paris, 2004
- J. De Viguierie, *Histoire et Dictionnaire du Temps des Lumières, 1715-1789*, Éditions Robert Laffont, Paris, 1995
- M. Deyra, *Le Droit dans la guerre*, Gualino editeur, Lextenso éditions, Paris, 2009
- E. de Vattel, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle*, Londres, 1758

- N. Dhéry (éd.), *Protéger les droits humains*, Litec/Amnesty International, Paris
- D. Diderot, *Œuvres Politiques*, Classiques Garnier, Paris, 1963
- D. Diderot/M. d'Alembert, *L'Encyclopédie*, Paris, 1751
- E. Di Nolfo, *Storia delle relazioni internazionali, 1918-1999*, Editori Laterza, Roma - Bari, 2004
- Y. Dinstein/M. Tabory, *War Crimes in International Law*, Kluwer, La Haye/Londres/Boston, 1996
- Di Donatantonio, *I diritti dell'accusato nello Statuto della Corte penale internazionale*, Pubblicazioni Centro Studi per la Pace, 1999
- Y. Dinstein, *War, aggression and self-defence*, Third edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2002
- Y. Dinstein and M. Tabory (ed.), *War Crimes in International Law*, Kluwer Law International, The Hague, Boston and London, 1996
- A. Di Stefano, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e principio di sussidiarietà*, ed.it, 2009, Catania
- L. Doswald-Beck/R. Kolb, *Garanties judiciaires et droits de l'homme-Nations Unies, Systèmes européen, américain et africain, texts et résumés de la jurisprudence internationale*, Engel Verlag, Kehl/Strasbourg/Arlington, 2004, 468 p.
- R. Draï, *Le mythe de la loi du talion*, Alinea, Paris, 1991
- L. Doswald-Beck/R. Kolb, *Garanties judiciaires et droits de l'homme*, Kehl/Strasbourg/Arlington, 2004
- S. Dubow, *The African National Congress*, Sutton Publishing Limited, United Kingdom, 2000
- P. Duez, "Esquisse d'une définition réaliste des droits publics individuels", *Mélanges R. Carré de Malberg*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1933
- H. Dumont/A.-M. Boisvert, *La voie vers la Cour pénale internationale: toutes les chemins mènent à Rome*, Montréal, 2004.
- O. Elagab/J. Elagab, *International Law Documents Relating to Terrorism*, Cavendish, London, 1995
- S. Erner, *La société des victimes*, La Découverte, Paris, 2006
- J. Fernandez, *La politique juridique extérieure des Etats-Unis à l'égard de la Cour pénale internationale*, Editions A. Pedone, Paris, 2010
- J. Fernandez/X. Pacreau, *Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Commentaire article par article*, Tome I et II, Editions A. Pedone, Paris, 2012, 2459 p.
- M. Ferro, *Storia della Francia. Da Vercingetorige a Chirac*, Saggi Bompiani, RCS, Milano, 2003

- G. Fiandaca/E. Musco, *diritto penale*, Zanichelli, Bologna, 1994
- A. Finkelkraut, *La Défaite de la pensée*, 1987, Columbia University Press, New York, 1995
- M. Flores, *Il Genocidio degli Armeni*, Il Mulino, Bologna
- E. Fronza/S. Manacorda (dir.), *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc*, Dalloz, Paris, 2003
- S. Gaboriau/H. Pauliat (éd.), *Le temps, la justice et le droit*, PULIM, Limoges, 2003
- K. Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge University Press, New York, 2009
- S. Glaser, *Introduction à l'étude du droit international pénal*, Bruylant, Sirey, Bruxelles-Paris, 1954
- J. Godechot (dir.), *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Garnier Flammarion, Paris, 1995
- J.-M. Gora, *Due process of law*, National Textbook Co. And American Civil Liberties Union, New York, 1979
- L.-C. Green, *The contemporary law of armed conflict*, Juris Publishing-Manchester University Press, Manchester, 2000
- W. Grewe (ed), *Fontes Historiae Iuris Gentium*, vol. III/2, Berlin, 1992
- A. Grinberg (dir.), *Lettre de Rosa Luxemburg*, Les Editions de l'Atelier, Paris, 2009, pp. 7-28 et pp. 205-211.
- H. van Groot, *De jure belli ac pacis*, Paris, 1625
- G. Guillaume, *Terrorisme international*, Encyclopédie Dalloz, Droit international, III, 1998
- S. Guinchard/J. Buisson, *Procédure pénale*, Litec, Paris, 2008
- D. Harris/M.-O'Boyle/C. Warbrick, *Law of the European Convention on human rights*, London-Dublin-Edinburgh, 1995
- P. Hazan, *Juger la guerre, juger l'histoire*, Presses Universitaires de France, Paris, 2007
- J. Heine (dir.), *Fair Trial Manual*, Second edition, Amnesty International Publication, 2014, London
- M. Henzelin/R. Roth (ed.), *Le droit pénal à l'épreuve de l'internationalisation*, LGDJ, Bruylant, Paris-Bruxelles, 2002
- P.-E.-T. Baron d'Holbach, *La Morale Universelle*, Michel Marc, Amsterdam, 1776
- A. Huet/R. Koering-Joulin, *Droit pénal international*, PUF, Paris, 1994

- D. Hume, *A Treaties of Human Nature* et, produced by Col Choat and David Widger, 2012
- D. Hume, *An Enquiry Concerning the Principles of Morals*, produced by J. Mamoun and C. Franks, 2010
- G. Illuminati/L. Stortoni/M. Virgilio, *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai tribunali internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, Giappichelli, Torino, 2000
- N. Jareborg (ed.), *Double Criminality. Studies in International Criminal Law*, Iustus Förlag, Uppsala, 1989
- N. Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002
- J.-R.-W.-D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, Transnational Publishers, Inc., Irvington-on-Hudson, N.Y., 1998
- J.-R.-W.-D. Jones/S. Powles, *International Criminal Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2003
- D. Kagan, *The Péloponnesian War*, Mondatori, Milano, 2006
- I. Kant, *La métaphysique des mœurs*, Philosophie, Grenoble, traduction française du texte allemande édité en 1792
- M. Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues : A study on Evidence before International Tribunals*, Kluwer Law International, Boston, 1996
- R. Kherad (dir.), *Légitimes défenses*, LGDJ, Université de Poitiers, 2007
- R. Kolb, *Droit international pénal*, Helbing Lichtenhahn-Bruylant, Bâle-Bruxelles, 2008
- F. Kuty, *Justice pénale et procès équitable. Exigence du délai raisonnable. Présomption d'innocence. Droits spécifiques du prévenu*, Larcier, Bruxelles, 2006
- A.-M. La Rosa, *Juridictions pénales internationales. La procédure et la preuve*, PUF, Paris, 2003
- B. de Las Casas, *Breve relazione sulla distruzione delle Indie*, Danews Editrice, Roma, 2006
- F. Lattanzi/W.A. Schabas, (dir.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, I, Ripa Fagnano Alto, 1999
- F. Lattanzi (ed.), *The International Criminal Court: Comments on the Draft Statute*, Lattanzi, Napoli, 1998
- U. Leanza, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012
- G. Lebreton, *Libertés publiques & droits de l'homme*, 4^e édition, Armand Colin, Paris, 1999

- R.-S. Lee (ed.), *The International Criminal Court : Elements of Crimes and Rules of procedure and evidence*, Transnational Publishers, Inc., Ardsley New York, 2001
- R.-S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, The Hague, 1999
- A.-T. Lemasson, *La victime devant la justice pénale internationale*, PULIM, Limoges, 2012
- G.-. Lessing, *Dialogues maçonniques*, Aubier Montaigne, Paris, 1976
- C. Lévi-Strauss, *Tristes tropiques*, Plon, Paris, 1955
- C. Levi-Strauss, *Race et histoire*, UNESCO, Paris, 1952
- C. Levi-Strauss, *La Pensée sauvage*, Plon, Paris, 1962
- D. Liakopoulos, *Equo processo nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e nel Diritto Comunitario*, CEDAM, Padova, 2007
- Y. Lozowick, *I burocrati di Hitler. Eichmann, i suoi volenterosi carnefici e la banalità del male*, LEG, Gorizia, 2004
- G.-M. Mabanga, *La victime devant la Cour pénale internationale. Partie ou participant ?*, L'Harmattan, Paris, 2009
- Y. Madiot, *Droits de l'homme*, 2è édition, Masson, Paris, 1991
- F. Mantovani, *Diritto penale*, CEDAM, Padova, 1992
- G.-M. Mabanga, *La victime devant la Cour pénale internationale*, L'Harmattan, Paris, 2009
- A. Manzoni, *La Storia della colonna infame*, Liber Liber.it
- J.-C. Martin, *Les règles internationales relatives à la lutte contre le terrorisme*, Bruylant, Bruxelles, 2006
- G. Mettraux (ed.), *Retrospectives on the Nuremberg Trial*, Oxford University Press, Oxford, 2008
- B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation française-CERIC, Paris, 1999
- M.-O. Maurize (dir.), *Au-delà de l'État. Le droit international et la défense des droits de l'homme*, Amnesty International, Puvrez S. A., Bruxelles, 1992
- G.-K. McDonald/O.-Q. Swaak-Goldman (eds.), *Substantive and Procedural Aspects of International Criminal Law*, Vol. I, Kluwer Law International, The Hague, 2000
- T. Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford University Press, Oxford, 1989

- T. Meron, *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006
- T. Meron, *The Humanization of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2006
- J. Monnet (dir.), *Huitième Journée René Savatier. Communautés, discriminations et identité*, Université de Poitiers, Collection de la Faculté de Droit et des Sciences Sociales, LGDJ, Poitiers, 2007
- C.-L. de Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, Editions Gallimard, Paris, 1995
- M. Monti, *Processo di Maddalena Lazzari, condannata e giustiziata quale strega in Bormio l'anno 1673*, Tip. Naz. e Municipale di A. Giorgetti, Como, 1864
- J. Morante, *Droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, Paris, 3^e éd., 1996
- L. Moreillon/A. Bichovsky/M. Massrouri, *Droit pénal humanitaire*, Série II, vol. 5, Bruylant-Helbing Lichtenhahn, Bâle, 2^e édition, 2009
- I. Moulier, *La compétence pénale universelle en droit international*, Thèse en doctorat en date 14 décembre 2006, Université Paris I – Panthéon-Sorbonne, pas publiée
- M. Nicolas, *Le droit au délai raisonnable devant les juridictions pénales internationales*, Publications Universitaires Européennes, Peter Lang, Bruxelles, 2012
- M. Osiel, *Juger les criminels de masse, la mémoire collective et le droit*, Seuil, Paris, 2006
- D. Padoan, *Le pazze. Un incontro con le madri di Plaza de Mayo*, Bompiani, Milano, 2005
- V.-V. Pella, *La criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir*, Imprimerie de l'Etat, Bucarest, 2^{ème} édition, 1926
- M. Perlman, *Cattura e processo*, Storie e memorie, UTET, Torino, 2006
- L.-E. Petitti/E. Decaux/P.-H. Imbert (éd.), *La Convention européenne des Droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1999
- A. Peyro Llopis, *La compétence universelle en matière de crimes contre l'humanité*, Bruylant, Bruxelles, 2003
- P. Picone, *Comunità internazionale e obblighi « erga omnes »*, Jovene Editore, Napoli, 2006
- L. Pineschi (dir.), *La Tutela internazionale dei Diritti Umani*, Giuffrè Editore, Milano, 2006
- L. Pirandello, *Così è se vi pare*, Fratelli Treves Editori, Milano, 1918
- Plutarque, *Alcibiade*, Biblioteca Classica Selecta, 2003
- E.-A. Poe, *The Pit and The Pendulum*, Gruppo Editoriale L'Espresso, Roma, 2009

- M. Politi/G.Nesi, *The Rome Statute of the International Criminal Court – A Challenge to impunity*, Aldershot, Hampshire, 2001
- N. Politis, *Les nouvelles tendances du droit international*, Hachette, Paris, 1927
- R.-J. Pritchard/S. M. Zaide/D. C. Watt (ed.), *The Tokyo War Crimes Trial*, 2e vol., Garland Pub., New York/Londres, 1981
- S. Pufendorf, *De jure naturae et gentium*, L. VIII, Londini Scanorum, Vitus Haberegger, 1672
- F. Quilleré-Majzoub, *La défense du droit à un procès équitable*, Bruylant, Bruxelles, 1999
- M.-L. Rassat, *Droit pénal général*, 2e éd., Ellipses, Paris, 2006,
- S.-R. Ratner/J.-S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, Clarendon Press, Oxford, 1997
- J. Rawls, *A Theory of Justice*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1971
- D. Rebut, *Droit pénal international*, Dalloz, Paris, 2012
- J. Robert et J. Duffar, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, 4^e éd, Montchrestien, Paris, 1988
- B. Röling/C.-F. Rüter, *The Tokyo Judgment: The International Military Tribunal for the Far East*, University Press Amsterdam, Amsterdam, 1977
- A. Rosas/J.-E. Helgesen (ed.), *Human Rights in a Changing East-West Perspective*, Pinter Publishers, London-New York, 1990
- J.-J Rousseau, *Du Contrat social ou Principes du droit politique*, CF Flammarion, Paris, 2001
- H. Ruiz Fabri/J.M. Sorel (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Editions Pédone, Paris, 2010
- H. Ruiz Fabri/J.-M. Sorel (dir.), *Le principe du contradictoire devant les juridictions pénales internationales*, Editions Pedone, Paris, 2004
- G. Sabbatucci/ V. Vidotto, *Storia contemporanea. L'Ottocento*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2004
- J. Salmon (éd.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001
- D.-W. Sandifer, *Evidence Before International Tribunals*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1975
- B. Saul, *Defining Terrorism in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008
- G. Scelle, *Précis de droit des gens: principes et systématique*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1932
- S.-F.-D.-I. (éd.), *La juridiction internationale permanente*, Colloque de Lyon, Pedone, Paris, 1987

- W.-A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005
- D. Schindler/J. Toman, *Droit des conflits armés*, Genève, 1996
- G. Schwarzenberger, *International Law – As Applied by International Courts and Tribunals*, vol. II, Stevens & Sons, Ltd., Londres, 1968,
- M.-N. Shaw, *International Law*, 5th edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2003
- J. Rivero, *Les Libertés publiques*, Presse Universitaire de France, Paris, 1973
- S. Stavros, *The Guarantees for Accused Persons under Article 6 of the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 1993
- H. Steiner/P. Alston, *International human rights in context. Law, politics, morals*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2000
- J. Stone/R.-K. Woetzel (ed.), *Toward a Feasible International Criminal Court*, World Peace Through Law Center, Geneva, 1970
- J. Symonides (dir.), *Human Rights: Concept and Standards*, UNESCO Publishing, Lincolnshire, 2002
- Francisco Suarez, *De legibus*, ex typis Fibrenianis, Neapoli, 1872
- J.-J. Tatin-Gourier, *Le Contrat social en question. Échos et interprétations du Contrat social de 1782 à la Révolution*, Presses universitaires de Lille, Lille, 1989
- T. Taylor, *The Anatomy of the Nuremberg Trials*, Alfred A. Knopf, New York, 1992
- P. Tavernier (éd.), *Actualité de la jurisprudence pénale internationale à l'heure de la mise en place de la Cour pénale internationale*, Bruylant, Brussels, 2004
- J. Temmink Tuinstra, *Defence counsel in international criminal law*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2009
- S. Tergalisse Nga Essomba, *La protection des droits de l'accusé devant la Cour pénale internationale*, L'Harmattan, Paris, 2012
- A. Thibault Lemasson, *La victime devant la justice pénale internationale*, PULIM, Limoges, 2012
- O. Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer's note, article by article*, 2e éd, Triffterer ed., Baden-Baden, 2008
- P. Van Dijk/F. Van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer law international, The Hague, 1998
- G. Vassalli, *Il giusto processo*, Atti dei Convegni Lincei, 28-29 marzo 2002, Accademia Nazionale dei Lincei, 2003

G. Vassalli, *Formula di Radbruch et diritto penale, Note sulla punizione dei « delitti di Stato » nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè Editore, Milano, 2001

J. Verhaegen, *Le droit international pénal de Nuremberg. Acquis et régressions*, Bruylant, Bruxelles, 2003

P. Verri, *Osservazioni sulla tortura*, BUR-RCS, Milano, 2006

J.-H.-H. Weiler/A. Cassese/M. Spinedi (ed.), *International Crimes of State : a Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1989.

C. Weill, *Rosa Luxemburg, Ombre et lumière*, Le Temps des Cerises Editeurs, Pantin, 2008

G. Zagrebelsky, *Il diritto mite: leggi, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992

C. Zanghì, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2006

S. Zappalà, *International Criminal Trials and respect for Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford, 2003

Bibliographie articles

G. Acquaviva, « Human Rights Violation before International Tribunals : Reflections on Responsibility of International Organizations », in *Leiden Journal of International Law* 20 (2007)

A. Alschuler, « A Peculiar Privilege in Historical Perspective : The Right to Remain Silent », 94 *Michigan Law Review* 2625 (1996)

A.-W. Alschuler, "Implementing the Criminal Defendant's Right to Trial : Alternatives to the Plea Bargaining System", 50 *U. Chi. L. Rev.* (1983)

A.-W. Alschuler, "The Prosecutor's Role in Plea Bargaining", 36 *U. Chi. L. Rev.* (1968)

A.-W. Alschuler, The Trial Judge's Role in Plea Bargaining, Part I, 76 *Colum. L. Rev.* (1976)

A.-W. Alschuler, "The Defence Attorney's Role in Plea Bargaining", 84 *Yale L. J.* (1975)

K. Ambos, "The Status, Role and Accountability of the Prosecutor of the International Criminal Court: A Comparative Overview on the Basis of 33 National Reports, in *E.j.c.c.l.c.j.* (2000)

H. Ascensio/R. Maison, « L'activité des juridictions pénales internationales (2008-2009) », *A.F.D.I.* (2009)

H. Ascensio/R. Maison, « L'activité des juridictions pénales internationales (2006-2007) », *A.F.D.I.* (2007)

H. Ascensio/A. Pellet, « L'activité du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (1993-1995) », *A.F.D.I.* (1995)

- B. Aurescu, « Etats, statuts territoriaux, maintien de la paix, maîtrise des armements. Le conflit libanais de 2006. Une analyse juridique à la lumière de tendances contemporaines en matière de recours à la force », *A.F.D.I.* (2006)
- A. Azar, « Le Tribunal Spécial pour le Liban », *R.G.D.I.P.* (2007)
- M.-C. Bassiouni, « Le droit pénal international : son histoire, son objet, son contenu », *R.I.D.P.* (1981)
- M.-C. Bassiouni, «Human Rights in the Context of Criminal Justice», 3 *Duke J. Comp. et Int'l L.* (1993)
- M.-C. Bassiouni, “The History of the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind”, 27 *Isr. L. Rev.* 1-21 (1993)
- M. C. Bassiouni, «Impunity for International Crimes», 71, *U. Colo. L. Rev.*, 409 (2000)
- M.-C. Bassiouni, «From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court», 10 *Harv. Hum. Rts. J.* 11 (1997)
- M. Bennouna, «La création d’une juridiction pénale internationale et la souveraineté des Etats», *A.F.D.I.* (1990)
- F. Beveridge, « The Lockerbie Affaire », 41 *I.C.L.Q.* (1992)
- S. Bibas, “The right to Remain Silent Helps Only the Guilty”, 88 *Iowa L. rev.* (2003)
- S. Bibas/R.-A. Bierschbach, “Integrating Remorse and Apology into Criminal Procedure”, 114 *Yale L. J.* (2004)
- J.-M. Biju-Duval, « La défense devant la Cour Pénale Internationale », *A.J.P.* (2007)
- G. Bitti, « Les tribulations de la justice pénale internationale au 20^{ème} siècle : la création d’une Cour criminelle internationale permanente – Affrontement ou conciliation des dogmes en procédure pénale ? », in *Nouvelles Etudes Pénales*, 395 (1998)
- J.-R. Bolton, “The Risks and the Weaknesses of the International Criminal Court from America’s Perspectives”, *V.J.I.L.*, vol. 41 (2000)
- B. Bouloc, « La durée des procédures : un délai enfin raisonnable ? », *R.S.C.* (2001), n° 1
- M. Bourquin, “Règles générales du droit de la paix”, *R.C.A.D.I.*, vol. 35-I (1931)
- B.-S. Brown, “Primacy or complementarity: reconciling the jurisdiction of national courts and international criminal tribunals”, *Yale J.I.L.* (1998) vol 23
- A. Cassese, « Le droit international et la question de l’assistance aux mouvements de libération nationale », *R.B.D.I.* (1986)

- E. Cimiotta, “Da *Tadić* a *Ayyash*. Le conseguenze dell’insindacabilità della decisione del Consiglio di sicurezza di istituire il Tribunale Speciale per il Libano”, in *La Comunità internazionale*, Vol. LXVIII, n. 3/2013, Editoriale Scientifica
- C. Cissé, “The International Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda: Some Elements of Comparison”, *7 Transnat’l L. & Contemp. Probs* (1997)
- C.-M. Chinkin, « Due Process and Witness Anonymity », *A.J.I.L.* (1997)
- L. Condorelli, «La Cour pénale internationale: un pas de géant (pourvu qu’il s’accompli...)», *R.G.D.I.P.*, vol. 103 (1999)
- A. Confalonieri, “Il “ragionevole” diritto all’impugnazione nella prospettiva europea”, in *I diritti dell’uomo, cronache e battaglie*, n. 3 (2009)
- G. Conso, « The Basic Reasons for US Hostility to the ICC in Light of the Negotiating History of the Rome Statute », *J.I.C.J.*, vol. 3 (2005)
- M. Cosnard, «Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l’affaire Pinochet», *R.G.D.I.P.*, n°2 (1999)
- G. Cotterau, “Statut en vigueur, la Cour pénale internationale s’installe”, *A.F.D.I.* (2002)
- G. Conso, « The Basic Reasons for US Hostility to the ICC in Light of the Negotiating History of the Rome Statute », *J.I.C.J.*, vol. 3 (2005)
- G. Coughlan, “Wanted – A definition on terrorism”, by *International Justice Tribune*, Radio Netherlands Worldwide, 21 February 2011, www.rnw.nl
- J. Crawford, « Current Development : The ILC Adopts a Statute for an International Criminal Court », 404 *A.J.I.L.* (1995)
- J. Crawford, “The ILC’s Draft Statute for an International Criminal Court”, *A.J.I.L.* (1994)
- N.-A.-J. Croquet, « The International Criminal Court and the Treatment of Defence Rights : a Mirror of the European Court of Human Rights’ jurisprudence? », *Human Rights Law Review* (2011)
- D. Cummin, Tentative de définition du terrorisme à partir du *jus in bello*, *R.S.C.* (2004)
- O. Danic, “1913-2013: les cent ans de l’arrêt Téry ou un siècle de droit de la défense », in *R.D.P.* (2014), n. 1
- J.-Y. Dautricourt, « Nature et fondement du droit pénal universel », *R.I.D.P.C.* (1950)
- O. de Frouville, “La Cour pénale internationale: une humanité souveraine?”, *Les temps modernes*, n° 610 (2000)
- N. Derhy, « Le droit à un procès équitable et l’indépendance de la justice », in Amnesty International, *Protéger les droits humains*, LITEC, Paris, 2003

- P. Devika, « Human Rights, Terrorism and International Law, in *Justice and Reconciliation, an integrated approach*, G.-L. Beruto (Editor), IIHL-IDPD, Sanremo, 2006
- Y. Dinstein, « Terrorism as an International Crime », 19 *Israel Y. B. on Human Rights* (1989)
- Y. Dinstein, « International Legal Response to Terrorism », *Le droit international à l'heure de sa codification, Mélanges Roberto Ago*, t. II, A. Giuffré, Milan, 1987
- E. Di Rienzo, « L’idea di Churchill: eliminare Mussolini senza processo », in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, Edizioni Nagard, ANNO XII - N.36, sett. – Dic. 2010
- H. Donnedieu de Vabres, « Le procès de Nuremberg devant les principes modernes du droit pénal », *R.C.A.D.I.*, vol. 70, (1947-I)
- H. Donnedieu de Vabres, « La théorie des délits de droit des gens et son évolution moderne », *R.D.I.S.P.D.*, vol. 28 (1950)
- H. F. Donnedieu de Vabres, « Le Procès de Nuremberg et le Principe de la Légalité des Peines », 26 *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* 813 (1947)
- M.-A. Drumbl, « Rule of Law Amid Lawlessness : Counseling the accused in Rwanda’s Domestic Genocide Trials », 29 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* (1998)
- L. Duong, « Le raisonnable dans les principes du droit européen des contrats », *R.I.D.C.*, n° 3 (2008)
- P.M. Dupuy, « L’unité de l’ordre juridique international – Cours général de droit international public », *R.C.A.D.I.* (2002)
- B. Ferencz, « An International Criminal Code and Court : Where They Stand and Where They’re Going », *Columbia J.T.L.* (1992)
- S. Fernandez de Gurmendi/H. Friman, « The rule of procedure and evidence of the International Criminal Court », *Y.I.H.L.* (2001), Institute Asser
- G. Fisher, « Plea Bargaining’s Triumph », 109 *Yale L. J.* 857 (2000)
- P. Gaeta, « The Defence of Superior Orders: The Statute of the International Criminal Court Versus Customary International Law », 10 *European Journal of International Law* (1999)
- J.-F. Gayraud, « Définir le terrorisme : Est-ce possible, est-ce souhaitable ? », *Revue de criminologie et de police technique* (1988), n° 41
- W. Gehr, « Le Comité contre le terrorisme et la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité », *Actualité et droit international*, www.ridi.org/adi/articles/2003/200301geh.pdf;
- G. Gilbert, The « Law » and « Transnational Terrorism », *N.Y.I.L.* (1995)
- M. Gillet/M. Schuster, « Fast-track Justice. The Spécial Tribunal for Lebanon Defines Terrorism », *J.I.C.J.* (2011)

- S. Glaser, «Les infractions internationales et leurs sanctions», *Revue de droit pénal et de criminologie* (1948-1949)
- S. Glaser, «Le Principe de la Légalité des Délits et des Peines et les Procès des Criminels de Guerre», 28 *Rev. de Droit Pénal et de Criminologie* 230 (1948)
- S. Glaser, «La guerre d'agression à la lumière des sources du droit international», *R.G.D.I.P.* (1953)
- L. Gradoni, « International Criminal Courts and Tribunals : Bound by Human Rights Norms...or Tied Down ? », *L.J.I.L.* (2006)
- J. Graven, « Pour la défense de la justice internationale, de la paix et de la civilisation par le droit pénal », *R.I.D.P.* (1964)
- E. Groulx-Diggs, “Proposition pour la création d’un bureau indépendant de la défense”, 21 juin 1998, <http://www.hri.ca/partners/aiad-icdaa>.
- E. Groulx-Diggs, « Equality of Arms: Challenges confronting the Legal Profession in the emerging International Criminal Justice System », *R.Q.D.I.*, Hors-série (2010) – Association internationale des avocats de la défense (A.I.A.D.)
- C.-K. Hall, «The First Two Sessions of the UN Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court», *A.J.I.L.*, vol. 91 (1997)
- E. Hugues, « La notion de terrorisme en droit international : en quête d’une définition juridique », *J.D.I.* (2002)
- F.-L. Kirgis, “Terrorist Attacks on the World Trade Center and the Pentagon”, *American Society of International Law Insights*, sept. (2001), en ligne : <http://www.asil.org/insights/insigh77.htm>
- J. Kleffner, «The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law», *J.I.C.J.*, vol. 1 (2003)
- P. Lambert, « Dignité humaine et interrogatoires musclés de la police », *R.T.D.H.* (2000)
- P. Lambert, « La notion de délai raisonnable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », *R.T.D.H.* (1991)
- E. Lambert-Abdelgawad, “Le dessaisissement des tribunaux nationaux au profit des tribunaux pénaux internationaux: un encadrement abusive par le droit international de l’exercice de la compétence interne? », *R.G.D.I.P.* (2004)
- M.-L. Lanthiez, “Actualité doctrinale de la présomption d’innocence”, *R.P.D.P.* (2007)
- A. de Lapradelle/F. Larnaude, «Examen de la responsabilité pénale de l’empereur Guillaume II d’Allemagne», *J.D.I.*, vol. 46 (1919)
- F. Lattanzi, «Compétence de la Cour pénale internationale et consentement des Etats», *R.G.D.I.P.*, vol. 103 (1999)

- G. Laville de la Plaigne, «La lutte contre l'impunité : la Cour pénale internationale», in Amnesty International, *Protéger les droits humains*, Litec, Paris, 2003
- M. Leigh, « Witness Anonymity is Inconsistent with Due Process », *A.J.I.L.* (1997)
- M. Leigh, The Yugoslav Tribunal: Use of Unnamed Witnesses Against Accused, in *90 Am. J. Int'l L.* (1996)
- A. Lelarge, « Le Tribunal Spécial pour le Liban », in *A.F.D.I.* (2007)
- Y.-L. Liang, « Le développement et la codification du droit international », *R.C.A.D.I.* (1948), vol. 73
- G. Lucazeau, « Le délai raisonnable est-il bien raisonnable ? », *J.C.P., E.G.*, n° 3, 1103 (2009) *Juris-classeur périodique (Semaine juridique)*
- P-M. Martin, «La Cour pénale internationale: quel avenir pour une illusion?», *Recueil Dalloz* (1998)
- W. Mastor, *La prison de Guantanamo : Réflexions juridiques sur une zone de «non-droit* », *A.F.D.I.* (2008)
- F. Matscher, “L’equo processo nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo”, *R.T.D.P.C.* (2006)
- R. May/M. Wierda, “Trends in International Criminal Evidence : Nuremberg, Tokyo, The Hague and Arusha”, in *Col.J.Tr.L.* 1999 (37)
- J. Mayerfeld, «The Mutual Dependence of External and Internal justice: The Democratic Achievement of the International Criminal Court», *Finnish Yearbook of International Law* (2001)
- M. Mentri, “Les Statut des Tribunaux Pénaux Internationaux: la recherche d’un équilibre *Justice and Reconciliation, an integrated approach*, G.-L. Beruto (Editor), I.I.H.L.-I.D.P.D., Sanremo, 2006
- T. Meron, « International Criminalisation of Internal Atrocities », *A.J.I.L.* (1995)
- M. Miraglia, « The First Decision of the ICC Pre-Trial Chamber », *J.I.C.J.*, vol. 4 (2006)
- D. Mohr, « Hariri indictment : now arrests ? » [en ligne], juillet, *International Justice Tribune*, No. 132, July 6, 2011, by-weekly magazine on international criminal justice, <<http://www.internationaljustice.nl>>
- G. Moynier, «Note sur la création d’une institution judiciaire internationale propre à prévenir et réprimer les infractions à la Convention de Genève », *Bulletin international des sociétés de secours aux militaires blessés*, n° 11 (1872)
- L. Nootens, « L’affaire Hariri et le tribunal spécial – Quel espoir pour le Liban ? », in *Les nouvelles du droit humanitaire*, Bruxelles, Croix Rouge de Belgique, avril 2008, n° 27

- Y. Nouvel, “La preuve devant le Tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie”, *R.G.D.I.P.* (1997-4)
- H. Olasolo, “The Prosecutor of the ICC before the Initiation of an Investigation : A Quasi-jurisdictional or Political Body?”, *I.C.L.R.*, vol. 3, (2003)
- R. Ordent, “Les droits de la défense”, *E.D.C.E.* (1953)
- P. Pazartzis, « Tribunaux pénaux internationalisés », *A.F.D.I.* (2003)
- V.-V. Pella, « L’Association internationale de droit pénal et la protection de la paix », *R.I.D.P.* (1946)
- V.-P. Pella, « La codification du droit pénal international », *R.G.D.I.P.* (1952)
- C. Philip/J.-Y. De Cara, « Nature et évolution de la juridiction internationale », in *La juridiction internationale permanente*, S.F.D.I., colloque de Lyon, Pedone, Paris, 1987
- C. Popineau-Dehaullon, « Les communications de pièces aux parties devant la Cour de cassation. Bilan de l’application du principe européen du contradictoire : dix ans après l’arrêt Reinhardt et Slimane-Kaid », *J.C.P., Semaine juridique*
- A. Quintana-Ripollès, “Etude critique des projets du Comité de l’O.N.U. sur les projets de code pénal et de statut pour une juridiction criminelle internationale”, *R.I.D.P.* (1964)
- J-F. Renucci, « Le témoin anonyme et la Convention européenne des droits de l’homme », in *Rev. Int. Droit pén.* (1999), vol. 70
- C.-N. Robert, «Le rôle de la sanction dans l’approche intégrée de la justice et la réconciliation», in *Justice and Reconciliation*, G.L. Beruto (Editor), IIHL-IDPD, 2006
- P.-L. Robinson, “Fair but Expeditious Trials”, *E.J.I.L.* (2000)
- D. Roets, « Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l’Homme », *A.J.P.* (2008), n°3
- Q. Saldana, « La justice pénale internationale », *R.C.A.D.I.* (1925) V, vol. 10
- D. Scalia, “Constat sur le respect du principe nulla poena sine lege pour les Tribunaux Internationaux”, *R.I.D.C.* (2006), n° 1
- W.-A. Shabas, “Perverse Effects of the *Nulla Poena* Principle: National Practice and the *Ad Hoc* Tribunals”, vol. 11(3) *E.J.I.L.* (2000)
- W. Schabas, “International Sentencing: From Leipzig (1923) to Arusha (1996)”, in 3 Bassouni, *I.C.L.* (1999)
- W.-A. Schabas, “Sentencing by International tribunals: A Human Rights Approach”, 7 *Duke J. Comp. & Int’l L.* (1997)
- M.-P. Scharf, « Self-representation versus assignment of defence counsel before international

criminal tribunals », *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, 2006

S.-J. Schulhofer, “Plea Bargaining as Disaster”, 101 *Yale L. J.* (1992)

M. Sibert, «La sécurité internationale et les moyens proposés pour l’assurer de 1919 à 1925», *R.G.D.I.P.* (1926)

Sluiter, « International Criminal Proceedings and the Protection of Human Rights », 37 *New England Law Review* 935 (2002-2003)

A. Sottile, “Le problème de la création d’une cour pénale internationale permanente”, *Revue de droit international*, vol. XXIX (1951)

C. Stahn, “Modification of the Legal Characterization of Facts in the ICC System: A Portrayal of Regulation 55”, 16 *Criminal Law Forum* (2005)

F. Sudre, “Droits intangibles et/ou droits fondamentaux: y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des Droits de l’Homme”, in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Brussels, 1995

S. Sur, “Vers une Cour pénale internationale : la Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de sécurité», *R.G.D.I.P.*, n°1 (1999)

P. Tavernier, « L’expérience des Tribunaux pénaux internationaux pour l’ex-Yougoslavie et pour le Rwanda », *R.I.C.R.* 828 (1997), <http://www.icrc.org>.

F. Terré, «Réflexions sur un couple instable: égalité et équité », in *L’égalité*, Archives de philosophie du droit, Tome 51, Dalloz, Paris, 2008

C. Tournier, “Le rayonnement du principe de la liberté des preuves en droit pénal compare”, *R.R.J.*, n° 3, PUAM, Ex-en-Provence (2008)

X. Tracol, « Les pratiques du tribunal pénal international pour l’ex-Yougoslavie en matière d’enquête, de présentation, de protection et de divulgation des preuves », *R.P.D.P.*, n° 4, Cujas, Paris (2008)

M. Ubeda/Saillard, “Les techniques interprétatives des tribunaux pénaux internationaux », *R.G.D.I.P.* (2011-CXV)

C. van den Wyngaert/G. Stessens, “The International *Non Bis In Idem* Principle: Resolving Some of the Unanswered Questions”, 48 *I.C.L.Q.* (1999)

J. Velu/R. Ergec, « La notion de délai raisonnable dans les articles 5 et 6 de la Convention européenne des Droits de l’Homme », *R.T.D.H.* (1991) n° 24

M. Ventura, “Terrorism According to the STL’s Interlocutory Decision on the applicable Law”, *I.J.C.J.* (2011)

J. Verhoeven, « Vers un ordre répressif universel ? Quelques observations », *Annuaire français de droit international* (1999)

M. Vogliotti, La logica floue della Corte europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle "testimonianze anonime", in *Giur. it.* (1998)

P. Weckel, «L'institution d'un tribunal international pour la répression des crimes de droit humanitaire en Yougoslavie», *A.F.D.I.* (1993)

J.-H. Willbanks, "Does the United States Really Prosecute Its Service Members for War Crimes ? Implications for Complementarity before the International Criminal Court ", *L.J.I.L.*, vol. 21 (2008)

J.-C. Witemberg, « La théorie des preuves devant les juridictions internationales », *R.C.A.D.I.*, t. 56 (1936-II)

S. Yee, « The *Ermerdović* Sentencing Judgement : A questionable milestone for the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia », 26 (2), *G.J.I.C.L.* (1997)

A. Zahar, "Legal aid, self –representation, and the crisis at the Hague Tribunal", *Criminal Law Forum* (2008) Vol. 19

TABLE DES MATIERES

Avant-propos -----	4
Glossaire des sigles, abréviations et acronymes -----	5
Plan de travail -----	9
Mots clé -----	11
INTRODUCTION -----	13

PREMIERE PARTIE

LES DROITS DE L'ACCUSE DANS LE STATUT DE ROME : TRADUCTION D'UNE EVOLUTION DU PROCES PENAL INTERNATIONAL -----	38
---	-----------

TITRE I. LE SYSTEME GENERAL DES GARANTIES DE LA DEFENSE OFFERTES PAR LE STATUT DE LA COUR -----	38
--	-----------

<i>CHAPITRE I – LA PROTECTION DES DROITS DE L'ACCUSE DEVANT LA C.P.I. : L'HERITAGE D'UNE EVOLUTION HISTORIQUE DU DROIT INTERNATIONAL PENAL --</i> -----	38
--	-----------

Section I. Les droits de la défense dans une perspective générale d'affirmation des droits de l'homme -----	39
--	-----------

§ 1. Les droits de l'accusé en tant que droits individuels -----	39
---	-----------

A. Le rapport conflictuel entre l'individu et l'autorité -----	39
---	-----------

1. La justice et l'équité -----	40
--	-----------

2. Droits individuels sacrés -----	41
---	-----------

B. La dimension universelle et immuable des droits individuels -----	42
---	-----------

1. Les principes universels protégés par la justice -----	42
--	-----------

a. L'esprit solidariste de la justice universelle -----	42
--	-----------

b. Les individus libres et égaux en droit et dignité -----	43
---	-----------

2. La suprématie de l'Etat sur l'individu	45
a. La négation de la valeur morale de la loi	45
b. L'inviolabilité de la dignité humaine	46
§ 2. Le cheminement parallèle de la justice pénale internationale et des standards internationaux sur les droits de l'accusé	48
A. Les sources internationales des droits de la défense	48
1. L'iter de cristallisation internationale	48
a. Les premiers document procéduraux	49
b. Les droits de la défense dans les Déclarations	50
i. <i>La protection de l'accusé dans les Déclarations américaine et française</i>	50
ii. <i>La protection de l'accusé dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme</i>	52
2. Le passage aux sources conventionnelles	53
a. Le premier document conventionnel de la procédure pénale internationale : l'Accord de Londres	
i. <i>Les articles défavorables à la défense</i>	53
ii. <i>Les articles favorables à la défense</i>	55
b. La protection de l'accusé dans les instruments internationaux sur les droits de l'homme	56
i. <i>Le Pacte international sur les droits civils et politiques</i>	56
ii. <i>La Convention européenne des droits de l'homme</i>	58
iii. <i>La Convention américaine des droits de l'homme</i>	59
iv. <i>Les autres conventions internationales</i>	60
B. Les garanties réservées à la défense à travers le prisme de la justice pénale internationale	
1. La lutte contre l'impunité dans le cadre des conflits internationaux	61
a. Après la Première Guerre Mondiale	62
b. Après la Seconde Guerre Mondiale	64
i. <i>La première expérimentation de procès pénal international: le procès de Nuremberg</i>	64
ii. <i>L'ouverture du procès et les questions liminaires</i>	65
iii. <i>L'accusation et la défense</i>	67
iv. <i>Le bilan de Nuremberg</i>	69
2. La lutte contre l'impunité dans le cadre des conflits nationaux	71
a. Après la Guerre Froide	72
i. <i>Le plan d'action national</i>	72
ii. <i>Le plan d'action international</i>	74
b. Après la Conférence de Rome	76
i. <i>Une cour permanente et universelle</i>	76
ii. <i>La limite de la complémentarité</i>	77
Section II. La transposition d'un système classique de garanties en un instrument conventionnel: le Statut de Rome	78
§ 1. La codification du D.I.P. et l'importance résiduelle de la procédure	79
A. La primauté du droit matériel en rapport à la procédure	80
1. Le contexte européen et le droit pénal international	80
a. L'universalisation des crimes	80
b. La scission doctrinale	82
2. Le contexte international et le droit international pénal: l'ouverture vers les aspects procéduraux et institutionnels	82
a. La responsabilité individuelle	82

b. La nature conventionnelle des normes d'incrimination -----	84
B. Droit matériel et procédure: le début d'une réglementation conjointe -----	85
1. La codification -----	85
a. La phase de l'élaboration: le projet de Code -----	85
b. La phase de l'actuation: le projet de Statut -----	87
2. Des garanties procédurales à caractère conventionnel -----	88
a. Une fusion du droit matériel et de la procédure dans le même instrument juridique -----	88
i. Une inversion de l'ordre de priorité -----	88
ii. La codification de normes coutumières -----	89
b. Un code du droit et de la procédure pénale internationale? -----	90
i. Le Statut comme source écrite du D.I.P. -----	90
ii. La méfiance persistante envers un code universel -----	91
§ 2. Le Statut de la C.P.I. : la consécration d'un système de garanties de la défense au sein du procès pénal international -----	92
A. L'apport de la coutume et de la jurisprudence à la codification -----	92
1. Les premiers outils jurisprudentiels -----	93
a. L'apport de la défense à la cristallisation des garanties -----	94
b. L'autorité de la chose interprétée -----	95
2. Coutume et jurisprudence : un canon inverse -----	96
a. Une action mutuelle -----	96
b. La coutume comme source de D.I.P. -----	98
B. Les sources des droits de la défense propres à la Cour -----	99
1. L'ordre hiérarchique de l'art. 21 -----	99
a. La primauté des sources internes -----	99
i. Le Statut en tant que source privilégiée -----	99
ii. L'importance secondaire de la jurisprudence -----	100
b. Une interprétation extensive des garanties à la lumière des droits de l'homme internationalement reconnus -----	101
2. Le jus cogens dans le cadre du procès pénal international -----	103
a. Les incriminations -----	103
b. Des garanties procédurales à caractère impératif -----	105
CONCLUSIONS CHAPITRE I -----	107
CHAPITRE II – LES PRINCIPES GENERAUX DANS LE STATUT DE ROME : UN OUTIL INTERPRETATIF DES GARANTIES PROCEDURALES -----	109
Section I. Les principes de légalité -----	109
§ 1. De la légalité -----	110
A. L'art. 22: la légalité de la loi -----	110
1. Vers une criminalisation statutaire -----	111
a. La violation du principe de stricte légalité en D.I.P. -----	111

i. Justification de la dérogation -----	111
ii. La doctrine de la justice substantielle -----	113
b. La légalité statutaire -----	115
i. Le refus de la justice substantielle -----	115
ii. Les normes d'incrimination supplémentaires -----	116
2. La spécificité de la loi et ses corollaires -----	117
a. Analogie et interprétation -----	118
i. L'interdiction de l'analogie -----	118
ii. L'interprétation extensive -----	119
b. Entre analogie et interprétation, le <i>favor rei</i> -----	121
B. L'art. 23: la légalité de la peine -----	122
1. La peine dans le contexte international -----	123
a. La particularité de la peine en D.I.P. -----	123
i. L'interdiction de la peine de mort -----	123
ii. Le manque d'uniformité -----	124
iii. Juridictions nationales et internationales, divergences et convergences -----	125
b. La pratique des T.P.I., la référence aux systèmes nationaux -----	126
2. La peine dans le Statut de Rome -----	128
a. Les problématiques posées par la peine -----	128
i. Le critère général de conformité au Statut -----	128
ii. La fonction de la sanction -----	130
iii. La détermination du quantum entre circonstances aggravantes et atténuantes -----	132
b. Les peines applicables par la Cour -----	134
i. Les peines principales -----	134
ii. Les peines adjonctives -----	137
iii. Le cumul des peines -----	138
iv. La peine par rapport aux charges cumulatives ou alternatives -----	139
v. L'exécution de la peine -----	142
vi. Le droit à la réduction de la peine -----	143
§ 2. De la non-rétroactivité -----	144
A. La consécration du principe dans le Statut de Rome -----	144
1. L'affirmation progressive en D.I.P. -----	145
2. Les atteintes au principe en D.I.P. -----	146
a. La non-rétroactivité dans le cadre des instances précédentes à la Cour -----	146
b. Le fondement coutumier de la criminalisation <i>ex post</i> -----	148
B. L'art. 24 : le droit à la non-rétroactivité et à la rétroactivité -----	149
1. Le moment de la rétroactivité -----	149
2. La rétroactivité <i>in mitius</i> -----	150
Section II. Les garanties de fond et institutionnelles -----	151
§ 1. Les garanties substantielles du <i>ne bis in idem</i> et de la présomption d'innocence -----	151
A. L'art. 20 : le principe <i>ne bis in idem</i> -----	151
1. La protection contre toutes incriminations multiples -----	152
a. Une double lecture nationale et internationale -----	152

b. L'énigme de l' <i>idem</i> -----	154
i. <i>Le crime et le fait</i> -----	154
ii. <i>Le critère « même personne-même comportement »</i> -----	155
2. La portée du principe dans le Statut de Rome -----	156
a. Les effets sur les garanties procédurales -----	156
b. L'étendue de la protection offerte par l'art. 20 -----	158
i. <i>La protection horizontale et verticale</i> -----	158
ii. <i>La verticalité descendante</i> -----	158
iii. <i>La verticalité ascendante</i> -----	160
B. L'art. 66 : la présomption d'innocence -----	162
1. La formule « au-delà de tout doute raisonnable », un corollaire du principe -----	163
2. Le respect du principe à travers le contrôle sur les médias -----	164
§ 2. La garantie juridictionnelle d'une Cour indépendante et impartiale -----	165
A. L'art. 40 : l'indépendance de la Cour -----	165
1. La connexité entre indépendance et impartialité -----	166
2. Les critères pour garantir les deux qualités -----	168
a. La désignation des juges de la Cour -----	168
b. La récusation des juges de la Cour -----	170
B. Les mesures pratiques pour l'effectivité de l'art. 40 -----	172
1. La délocalisation de la Cour -----	172
2. L'autonomie financière de la Cour -----	173
CONCLUSIONS CHAPITRE II -----	173
CONCLUSIONS TITRE I -----	174
TITRE II. L'INTERACTION ENTRE DEFENSE ET ACCUSATION DANS L'ARCHITECTURE DU PROCES DEVANT LA COUR -----	175
CHAPITRE I – LA DIALECTIQUE ENTRE DEFENSE ET ACCUSATION -----	176
Section I. L'accusation contre la défense : une dialectique accusatoire -----	176
§ 1. La dialectique : le miroir d'une égalité virtuelle -----	177
A. La règle cardinale de la dialectique : l'égalité des armes -----	177
1. <i>Egalité des armes alias égalité entre accusation et défense ?</i> -----	177
2. <i>L'inégalité favorable à l'accusé</i> -----	179
B. Les pouvoirs supérieurs du Procureur -----	181
1. Un organe de justice indépendant -----	181
a. Une non-partie -----	181
b. Le pouvoir d'agir <i>proprio motu</i> -----	182

2. Les limites au pouvoir du Procureur	184
a. Les limites extérieures à la Cour	184
<i>i. Les limites posées par l'Assemblée des Etats Parties</i>	184
<i>ii. Les limites posées par le Conseil de Sécurité</i>	184
b. Les limites intérieures à la Cour, le contrôle de la Chambre préliminaire	186
§ 2. La stratégie argumentative de la défense pour contrer l'accusation	187
A. La structure binaire de la stratégie: la défense en fait et la défense en droit	187
1. Défense « factuelle » et défense « technique »	188
a. La défense factuelle comme reconstruction de la vérité historique selon le point de vue de l'accusé	188
b. La défense technique comme revendication des droits de l'accusé au prétoire	189
2. La liberté de choisir sa défense	190
a. Défenses codifiées et défenses non-codifiées	190
b. Le devoir de communiquer le choix	192
B. Une bipartition occultant un <i>tertium genus</i> : la défense « pré-factuelle »	193
1. La défense « pré-factuelle » entre historique des faits et droits procéduraux	194
a. Les circonstances subjectives	194
<i>i. L'insanité mentale et l'état d'intoxication</i>	194
<i>ii. L'erreur sur les faits et sur la loi</i>	195
b. Les circonstances objectives	196
<i>i. La légitime défense</i>	196
<i>ii. L'état de nécessité ou de contrainte</i>	198
<i>iii. L'ordre hiérarchique et l'ordre de la loi</i>	198
2. Les effets de la défense pré-factuelle	199
a. L'interaction avec les droits de l'accusé	199
<i>i. La place temporelle de la défense pré-factuelle</i>	199
<i>ii. La possibilité d'un conflit avec les droits de l'accusé</i>	200
b. Des résultats différents pour des défenses différentes	201
Section II. Les négociations entre accusation et défense : une dialectique conciliatrice	202
§ 1. La renonciation de l'accusé à la présomption d'innocence	203
A. Le sens d'une justice négociée	203
1. L'économie procédurale liée au plaidoyer	203
2. Regret, aveu, négociation	205
a. Bargain agreement v. guilty plea ou des négociations sans aveu	205
b. Guilty plea v. bargain agreement ou de l'aveu simple avec l'effet des négociations	206
B. Validité formelle et substantielle du plaidoyer de culpabilité	207
1. Les critères de validité du plaidoyer	207
a. Les pré-conditions sous-jacentes	208
b. Le problème de la compatibilité des bases factuelles avec le plaidoyer de culpabilité	209
2. Le plaidoyer contre-productif	210
§ 2. L'art. 65	211

A. La liturgie du plaidoyer devant la Cour	212
1. Le pouvoir de contrôle de la Chambre	212
a. La liberté des parties de négocier	212
b. La vérification des pré-conditions	213
2. Le balancement des intérêts en jeu	214
a. Les effets dérivant du contrôle	214
b. Les effets dérivant du manque de contrôle	216
B. Les effets du plaidoyer sur la vérité	217
1. Les opinions défavorables : la vérité sacrifiée	217
2. Les opinions favorables : la vérité révélée	219
CONCLUSIONS CHAPITRE I	219
CHAPITRE II. LES « ARMES » DE LA DIALECTIQUE : LES MOYENS DE PREUVE ---	221
Section I. L'arme de l'accusation : la preuve à charge dans l'optique du non-renversement de la charge de la preuve	222
§ 1. La preuve privilégiée: le témoignage	222
A. Le rôle central du témoin ordinaire dans le procès devant la Cour	222
1. La préservation du principe de l'oralité	223
a. Le témoin ordinaire dans le cadre d'un régime probatoire informel	223
b. Les règles de l'audition	224
i. <i>La crédibilité du témoin</i>	224
ii. <i>La recevabilité du témoignage</i>	225
iii. <i>Le témoin à la barre</i>	226
2. Les mesures de protection du témoin	227
a. La protection contre toute atteinte personnelle	227
b. La protection contre toute auto-incrimination	229
B. Les témoins spécialisés	230
1. Le témoin-expert	231
a. Une garantie contre tout procès sommaire	231
b. La supervision de la Chambre	232
2. Les non-témoins	233
a. Les professionnels chargés de la preuve	233
i. <i>L'enquêteur</i>	234
ii. <i>L'intermédiaire</i>	235
b. Une figure hybride : <i>l'amicus curiae</i>	236
§ 2. Les autres moyens de preuve	237
A. La preuve documentaire, un résidu inquisitoire utile à la défense	237
1. L'exception à la règle générale de la réduction de la documentation en faveur de l'oralité --	237
a. Une exception largement acceptée au sein du procès pénal international	238
b. L'admissibilité de la preuve documentaire	239

<i>i. L'autorisation préalable</i> -----	239
<i>ii. Les conditions pour l'admission</i> -----	240
2. Les documents confidentiels -----	241
B. Au-delà de la preuve orale et de la preuve écrite -----	242
1. Les faits notoires -----	242
a. Une admissibilité subordonnée à la sûreté et incontestabilité des informations -----	243
b. La différence entre fait notoire et constat judiciaire -----	243
2. Une preuve dynamique pour comprendre la dynamique des faits : la visite de la scène du crime -----	245
Section II. L'arme de la défense : la preuve à décharge dans l'optique de la non-obligation de la charge de la réfutation -----	246
§ 1. La <i>cross-examination</i> comme réalisation du droit au contradictoire -----	246
A. Le droit de contre-interroger -----	246
1. Le contre-interrogatoire de la défense -----	247
2. Le moteur de l'interaction dialectique entre les parties -----	248
B. Le contre-interrogatoire atypique -----	249
1. Le contre-interrogatoire par vidéoconférence -----	249
2. Le témoignage écrit : une anomalie du contre-interrogatoire -----	251
§ 2. La <i>disclosure</i> comme réalisation du droit de disposer des facilités nécessaires à se défendre -----	253
A. La divulgation avant la confirmation des charges -----	253
1. La quasi-unilatéralité du caractère obligatoire de la <i>disclosure</i> -----	253
2. Le régime de la divulgation avant l'audience de confirmation des charges -----	256
a. La divulgation à la Chambre préliminaire -----	256
b. Le caractère total et continu de la divulgation -----	258
B. La divulgation avant procès -----	259
1. La divulgation pour la préparation de la défense -----	260
2. Le pouvoir discrétionnaire du Procureur par rapport aux preuves à décharge -----	262
CONCLUSIONS CHAPITRE II -----	263
CONCLUSIONS TITRE II -----	264
CONCLUSIONS PREMIERE PARTIE -----	264

SECONDE PARTIE

LES DROITS DE L'ACCUSE DANS LE STATUT DE ROME : MATRICE D'UNE EVOLUTION DU PROCES PENAL INTERNATIONAL -----	266
--	-----

**TITRE I. LA PROTECTION DES DROITS DE LA DEFENSE DANS LES TEXTES
PROCEDURAUX DE LA C.P.I., UNE TENDANCE EVOLUTIVE -----266**

**CHAPITRE I – LA CONSECRATION DES DROITS DE LA DEFENSE DANS LE STATUT
DE ROME -----267**

Section I. L’art. 55 : les droits propres à la personne suspectée -----268

§ 1. Le suspect potentiel -----269

A. Les garanties relatives à la communication entre le suspect et les autorités -----269

**1. L’art. 55 (1)(a) : le droit de ne pas être obligé de témoigner contre soi-même ni de s’avouer
coupable -----270**

a. Le droit à ne pas s’incriminer -----270

i. La portée du droit à ne pas s’incriminer -----270

ii. Les limites statutaires de la garantie contre toute auto-incrimination -----272

b. La délimitation entre le droit à se disculper et le « droit au mensonge » -----274

i. Le droit du prévenu de ne pas être obligé à dire la vérité -----274

ii. Le mensonge comme vérité autre -----274

**2. L’art. 55 (1)(c) : le droit à bénéficier gratuitement de l’aide d’un interprète compétent et de
toutes traductions nécessaires à l’équité -----276**

a. Le droit à l’aide linguistique -----276

i. Le droit à la compréhensibilité -----276

ii. Les exigences de l’équité -----278

b. Un droit à caractère multiple : le droit à la gratuité et à la qualité de l’aide linguistique -----279

B. Les garanties relatives à l’intégrité et à la liberté personnelle du suspect -----281

**1. L’art. 55 (1)(b) : le droit à ne pas être soumis à aucune forme de coercition, de contrainte
ou de menace, ni à la torture ni à aucune autre forme de peine ou traitement cruel, inhumain
ou dégradant -----282**

a. Le droit général à l’intégrité physique et morale -----282

i. Les actes de torture -----282

ii. Les maltraitances de moindre gravité -----284

b. L’abus de procédure pour la violation de l’intégrité physique et morale -----286

2. L’art. 55 (1)(d) : le droit à ne pas être arrêté ou détenu arbitrairement -----288

a. La restriction de la liberté en l’absence de condamnation -----289

i. La protection statutaire contre toute restriction de la liberté illégale et arbitraire -----289

ii. Les garanties et les conditions liées à la restriction de la liberté -----291

iii. Le critère du « raisonnable » pour la détention provisoire -----293

iv. Le recours de plein droit contre la restriction de la liberté personnelle -----294

b. Une application surabondante de la détention provisoire -----295

i. Une contraction démesurée du droit de se présenter libre au procès -----295

ii. Pecunia doloris, le droit à la réparation pour la détention infligée injustement -----297

iii. Le crédit pour la détention provisoire -----300

§ 2. Le suspect officiel	302
A. Le droit à l'information et au silence	303
1. L'art. 55 (2)(a) : le droit à être informé avant d'être interrogé qu'il y a des raisons de croire qu'il y a commission d'un crime relevant de la compétence de la Cour	303
2. L'art. 55 (2)(b) : le droit de garder le silence	304
B. Le droit à la défense	306
1. L'art. 55 (2)(c) : le droit à l'assistance du conseil	306
a. Le droit au conseil	307
<i>i. Un droit spéculaire au droit au juge</i>	307
<i>ii. Le système de l'aide légale de la Cour</i>	309
b. Le principe du libre choix de la défense	310
<i>i. Les limites posées par la Cour</i>	310
<i>ii. La fonction instrumentale des critiques</i>	312
2. L'art. 55 (2)(d) : le droit à un conseil pendant l'interrogatoire	313
a. La familiarisation du conseil avec l'affaire	313
b. La présence du conseil dans le recueil anticipé de la preuve	315
Section II. L'art. 67 : les droits propres à la personne accusée	318
§ 1. Les garanties générales ancrées au procès	319
A. Le contrôle sur l'équité procédurale	319
1. Le droit à un procès équitable	319
a. Un droit englobant	320
<i>i. Un droit prodromique aux droits de l'accusé</i>	320
<i>ii. La coexistence de plusieurs intérêts en équilibre</i>	321
b. Procès équitable et droits de l'accusé	322
<i>i. L'absence d'une définition précise</i>	322
<i>ii. La démarcation entre procès équitable et droits de l'accusé</i>	324
2. Le droit à un procès public	326
a. Un intérêt double	326
b. Les restrictions à la publicité	326
B. Le droit aux voies de recours	329
1. Le droit à l'appel	329
a. La garantie statutaire	329
b. Les objets de l'appel	331
<i>i. Le jugement et la sentence</i>	331
<i>ii. Les questions interlocutoires et les exceptions préjudicielles ou liminaires</i>	333
<i>iii. L'exception par excellence : la question de la « compétence sur la compétence »</i>	334
2. Le droit à la révision	335
§ 2. Les garanties spécifiques ancrées à la personne	336
A. La communication des charges et le facteur temps	337

1. L'art. 67 (1)(a) : le droit à être informé dans le plus court délai et de façon détaillée de la nature, de la cause et de la teneur des charges	337
a. Les paramètres descriptifs et temporels de la communication des charges	337
<i>i. Faits détaillés et qualification juridique détaillée</i>	338
<i>ii. Les modalités et les temps de la communication</i>	340
b. Le droit à comprendre la langue	342
2. Le droit aux temps raisonnables de la justice : les notions de temps nécessaire et de retard excessif	343
a. L'art. 67 (1)(b) : le droit de disposer du temps nécessaire à sa propre défense	343
<i>i. La préparation de la défense en temps utile</i>	343
<i>ii. Le respect des délais</i>	344
<i>iii. La communication libre, confidentielle et sans retard avec le défenseur</i>	345
b. L'art. 67 (1)(c) : le droit à être jugé sans retard excessif	347
<i>i. Retard excessif et délai raisonnable</i>	347
<i>ii. L'obligation solidaire de la Cour et des Etats Parties</i>	349
<i>iii. Durée et délai dans l'acception cumulative de temps</i>	350
<i>iv. La juste mesure entre célérité, efficacité et effectivité</i>	352
B. La présence de l'accusé au procès	354
1. L'art. 67 (1)(d) en corrélation avec l'art. 63: le droit à être présent à son procès	354
a. Droit ou devoir d'être présent ?	355
<i>i. Le contradictoire comme droit sous-tendant la présence de l'accusé</i>	355
<i>ii. L'interdiction du procès par contumace dans le Statut de Rome</i>	357
<i>iii. Le droit à être présent et le droit à ne pas être présent</i>	358
<i>iv. L'intérêt de l'accusé contre l'intérêt de la justice</i>	360
<i>v. La notion de procès</i>	362
b. Le droit à être présent et à se défendre soi-même	365
<i>i. Les limites de la renonciation volontaire à l'assistance légale</i>	365
<i>ii. La présence mentale</i>	367
2. L'accusé absent	368
a. L'absence involontaire	368
<i>i. L'expulsion de l'accusé comme négation du droit à être présent à son procès</i>	368
<i>ii. La généralité statutaire des conduites perturbatrices</i>	370
<i>iii. Les embouches de l'audience ex parte</i>	371
b. L'absence volontaire	373
<i>i. La renonciation</i>	373
<i>ii. Une jurisprudence contradictoire</i>	374
CONCLUSION CHAPITRE I	377
CHAPITRE II. LA PROTECTION DE L'ACCUSE PAR LES AUTRES TEXTES FONDAMENTAUX DE LA COUR	378
Section I. Les textes détachés des organes institutionnels	378
§ 1. Le Règlement de procédure et de preuve	378

A. Le bras séculier du Statut	378
1. La parthénogenèse du R.P.P. de la Cour	379
2. La quintessence de la défense technique	381
a. Les règles consacrées à la défense	381
<i>i. Les règles en matière d'aide légale</i>	381
<i>ii. Les règles en matière de preuve</i>	382
b. Les garanties devant les Chambres	383
<i>i. Les garanties devant la Chambre préliminaire</i>	383
<i>ii. Les garanties devant la Chambre de première instance</i>	385
 B. La perfectibilité du R.P.P.	386
1. La sécurité juridique du régime procédural de la Cour	386
2. La nature évolutive des règles procédurales	387
a. Les amendements sortant de la procédure ordinaire	387
b. Les règles provisoires	388
 § 2. Le Code de conduite professionnelle des conseils	389
 A. Un outil éthique indispensable pour calibrer la défense	390
1. L'éthique de la défense	390
2. Les devoirs du conseil	391
a. Le devoir de confidentialité	391
b. Le devoir de diligence	393
<i>i. Agir promptement</i>	393
<i>ii. Agir prudemment</i>	394
 B. L'indissolubilité du lien entre l'éthique et la justice	396
1. La déontologie de la défense	396
2. Un Barreau des conseils de la Cour, rêve ou cauchemar ?	398
a. Une défense absente	399
<i>i. La représentation unitaire des conseils</i>	399
<i>ii. L'incapacité des associations professionnelles</i>	401
<i>iii. La protection de l'indépendance de la défense</i>	402
b. Le Comité chargé de la révision juridique des textes ou du rôle normatif de la défense	404
 Section II. Les textes attachés aux organes institutionnels	405
 § 1. Les règlements des organes juridictionnel et judiciaire	405
 A. Le Règlement de la Cour	405
1. Les normes du R.C.	405
a. La défense dans le processus normatif du R.C.	406
b. La norme 55	408
<i>i. La modification de la qualification juridique des faits</i>	408
<i>ii. La norme 55 dans l'interprétation jurisprudentielle de la Cour</i>	409
<i>iii. Une arme à double tranchant</i>	411
<i>iv. L'articulation des arguments de la défense</i>	412
2. Le secours légal d'urgence	415

a. Le conseil de permanence	415
<i>i. Une exception au libre choix du conseil</i>	415
<i>ii. Le mandat temporaire du conseil de permanence</i>	417
b. Le Bureau du Conseil public pour la Défense	418
<i>i. Les difficultés pratiques de la défense</i>	418
<i>ii. Les trois fonctions principales du B.C.P.D.</i>	419
<i>iii. Le grief d'une dimension non institutionnelle de la défense</i>	423
<i>iv. Les limites fonctionnelles du B.C.P.D.</i>	424
B. Le Règlement du Procureur	425
1. La réglementation en matière d'enquête	425
a. La subordination au Statut	426
b. La subordination au R.P.P.	427
2. La réglementation en matière de preuve	428
§ 2. Le règlement de l'organe administratif : le Règlement du Greffe	429
A. Le garant de la défense	430
1. Les garanties relatives à la représentation légale	430
a. Les fonctions du Greffe par rapport à la défense	430
<i>i. L'assurance d'une défense</i>	430
<i>ii. Le rapport entre le Greffe et le B.C.P.D.</i>	432
b. La Liste des conseils de la Cour	432
<i>i. La garantie de qualité de la défense</i>	433
<i>ii. Le contrôle sur la qualité de la défense</i>	434
2. L'aide judiciaire aux frais de la Cour	435
a. La rémunération du conseil de l'accusé indigent	436
b. Le pouvoir du Greffe en matière de désignation d'office	437
B. Le garant de l'accusé	438
1. Les fonctions de garantie du Greffe dans le cadre du procès	439
a. Les garanties en matière de gestion et conservation de la preuve	439
b. Les garanties au cours des débats	440
2. Les fonctions de garantie du Greffe en matière de privation de la liberté	441
a. Les droits du détenu	442
<i>i. L'arrivée du justiciable au quartier pénitentiaire de Scheveningen</i>	442
<i>ii. La protection du bien-être physique et mental du détenu</i>	443
b. Les sanctions disciplinaires contre le détenu	443
<i>i. La restriction du droit de communiquer avec l'extérieur</i>	445
<i>ii. Les moyens de contrainte contre le détenu</i>	445
<i>iii. La procédure disciplinaire équitable</i>	446
CONCLUSIONS CHAPITRE II	448
CONCLUSION TITRE I	448

TITRE II. L'APPORT DU SYSTEME DE ROME A L'EQUITE DU PROCES PENAL INTERNATIONAL -----448

CHAPITRE I – LES EFFETS EXTERIEURS AU SYSTEME DE GARANTIES DE LA DEFENSE : UNE COMPARAISON AVEC LES DROITS DES VICTIMES -----449

Section I. Les droits des victimes -----450

§ 1. La participation de la victime au procès -----450

A. La victime et la justice pénale internationale -----450

1. Une justice lacunaire -----450

2. Le statut de victime -----452

B. De l'hypothèse d'une extension de l'égalité des armes -----453

1. La notion d'intérêt personnel -----454

2. Un conflit avec les droits de l'accusé ou une fausse antinomie ? -----455

§ 2. L'équité pour les victimes -----456

A. La réparation -----456

1. L'effectivité de la réparation -----456

2. Le caractère de la réparation -----457

B. La protection -----459

1. Les mesures de protection -----460

2. Le risque pour l'égalité des armes -----462

Section II. Les mesures de protection controversées -----463

§ 1. L'anonymat -----463

A. Le rapport difficile entre l'anonymat et le procès équitable -----463

1. Une menace pour le contre-interrogatoire -----463

2. La fonction de corroboration du témoignage anonyme -----465

B. L'anonymat par rapport à la défense -----466

1. La non opposabilité de l'anonymat à la défense -----466

2. Le critère de la pondération dans la pratique -----467

§ 2. La confidentialité -----469

A. La restriction du droit à la divulgation -----469

1. La protection d'intérêts concurrents -----469

2. Les règles de la confidentialité -----470

B. Les limites de la confidentialité	472
1. Les limites au pouvoir d'initiative autonome de la Chambre	472
2. L'exceptionnalité de la confidentialité	473
CONCLUSION CHAPITRE I	475
CHAPITRE II – LES EFFETS EXTERIEURS AU SYSTEME DE LA COUR : UNE COMPARAISON AVEC LES DROITS DE LA DEFENSE DEVANT LE T.S.L.	476
Section I. La spécificité du droit matériel du T.S.L.	477
§ 1. De la complémentarité à la proximité	477
A. Une compétence <i>ratione materiae</i> atypique	478
1. L'applicabilité de la loi pénale libanaise	478
2. La proximité à travers la mixité normative	479
B. La <i>vexata quaestio</i> de la définition des crimes en D.I.P.	482
1. Le crime d'agression, une définition conventionnelle	482
2. Le crime de terrorisme, une définition jurisprudentielle	483
§ 2. Le crime de terrorisme selon le T.S.L.	485
A. Le caractère coutumier de la notion	485
1. Les tergiversations de la communauté internationale	485
2. La dimension transnationale du crime de terrorisme	487
B. La primauté du droit pénal libanais	489
1. La conformité de la loi pénale libanaise aux standards internationaux	489
2. Les observations de la défense en l'absence de l'accusé	491
Section II. La spécificité du droit procédural du T.S.L.	592
§ 1. Des échos inquisitoires contre la procédure de matrice accusatoire de la C.P.I.	492
A. Le procès <i>in absentia</i> : le symptôme d'une régression du procès international?	492
1. L'exception à un principe consolidé	492
2. La réglementation de la procédure par défaut du T.S.L.	494
a. Une procédure conditionnée	494
b. L'adoption de mesures concrètes et efficaces pour la notification	496
B. La participation de la victime à la procédure	498
1. La double protection de la victime, internationale et nationale	498
2. La conformité à une tendance évolutive	500
§ 2. L'introduction de deux organes inédites	501
A. Le juge de la mise en état : entre le juge instructeur libanais et la Chambre préliminaire de la C.P.I.	501

1. Les prérogatives de la Chambre préliminaires de la C.P.I.	502
2. L'ampleur des pouvoirs du Juge de la mise en état	504
a. Des pouvoirs spécifiques et supplémentaires par rapport à la Chambre préliminaire	504
b. La fonction de garantie sur la preuve écrite	505
B. Un organe sans précédents : le Bureau de la Défense	507
1. Le rang institutionnel de la défense	507
2. La garantie de continuité de la défense	509
CONCLUSIONS CHAPITRE II	511
CONCLUSION TITRE II	512
CONCLUSION PARTIE II	513
CONCLUSION GENERALE	514
BIBLIOGRAPHIE	523
TABLE DES MATIERES	543